

Om forskning på kryptologi i relasjon til tekniske beskyttelsessystemer etter åvl. §53a.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 519
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 14318 ord

26.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstillinger	1
1.3	Avgrensninger	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>2</u>
2.1	Bernkonvensjonen	3
2.2	TRIPS-avtalen	4
2.3	WIPO-traktatene	4
2.4	Opphavsrettsdirektivet 2001/29/EF	5
2.5	Edb-direktivet 91/250/EEC	6
2.6	Åndsverkloven	7
<u>3</u>	<u>RETTIGHETSSTRUKTUREN I ÅNDSVERKLOVEN</u>	<u>8</u>
3.1	Generelt	8
3.2	Opphavsrettens subjekt	8
3.3	Opphavsrettens objekt	8
3.4	Eneretten	9
3.5	Ideelle rettigheter	10
<u>4</u>	<u>TEKNISKE BESKYTTELSESSYSTEMER</u>	<u>10</u>
4.1	Oversikt	10

4.2	Steganografi	11
4.3	Kryptologi	11
4.4	Content Scramble System (CSS)	12
4.5	Datamaskinprogrammer	13
5	<u>METODIKK</u>	15
5.1	Betydningen av internasjonale rettskildefaktorer	15
6	<u>OM SAKSGANGEN VED IMPLEMENTERINGEN AV OPPHAVSRETTSDIREKTIVET</u>	16
6.1	Innledning	17
7	<u>FORARBEIDENE</u>	19
7.1	Høringsutkast (2. april 2003): om forslag til endringer i åndsverkloven m.m.	19
7.2	Ot.prp. nr. 46 (2004-2005): Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.	19
7.3	Innst. O. nr. 103 (2004-2005)	20
7.4	Avsluttende bemerkninger	20
8	<u>OM INNHOLDET I ÅVL. §53A</u>	20
8.1	Oversikt	21
8.2	Effektive tekniske beskyttelsessystemer	21
8.3	Omgåelse	22
8.4	Omgåelsesverktøy	23
8.5	Unntak for forskning i kryptologi	25
9	<u>SANKSJONERING AV OPPHAVSRETTSKRENKELSER OG STRAFF</u>	27

9.1	Oppsummering	28
10	<u>TRETRINNSTESTEN</u>	<u>29</u>
10.1	Oversikt	29
10.2	Åvl. §53a tredje ledd, første punktum	30
10.2.1	Første vilkår:	30
10.2.2	Andre vilkår	31
10.2.3	Tredje vilkår	32
10.3	Konkret vurdering av unntaket for forskning på kryptologi	32
10.3.1	Grunnlag for vurderingen	32
10.4	Resultat av tretrinnsstesten	33
11	<u>TEKNISKE BESKYTTELSESSYSTEMER SOM ER DATAMASKINPROGRAMMER</u>	<u>35</u>
11.1	Bakgrunn	35
11.2	Innledning	35
11.3	Åndsverkloven §§39h og 39i	37
11.4	Harmonisering av åvl. §53a tredje ledd, første punktum mot åvl. §§39h og 39i	38
12	<u>FORSKNING PÅ KRYPTOLOGI I FORHOLD TIL STRAFFELOVGIVNINGEN</u>	<u>39</u>
12.1	Opplegg for drøftelsene under dette punkt	39
12.2	Oversikt over relevante straffebestemmelser	40
12.3	Særlig om skyldkrav og medvirkning	44
12.4	Særlig om lovvalg	44
12.5	Manglende tilknytning til forskning i kryptologi	45

12.6	Om offentliggjøring og publisering	46
12.7	Oppsummering	48
13	<u>ANDRE LANDS REGLER OM FORSKNING INNEN KRYPTOLOGI</u>	49
13.1	Oversikt	49
13.2	Norden	49
13.3	USA	50
13.4	Oppsummering	51
14	<u>DE LEGE FERENDA BETRAKTNINGER</u>	52
14.1	Kritikk av åvl. §53a tredje ledd, første punktum	52
14.1.1	Ordlyden og grenseflater	52
14.1.2	Forslag til kriterier knyttet til offentliggjøring og publikasjon	54
14.2	Utvidelse av virkefeltet til forskningsunntaket	55
15	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER TIL OPPGAVEN</u>	56
16	<u>LITTERATURLISTE</u>	57
16.1	Sitert litteratur	57
16.2	Norske lover	58
16.3	Forarbeider	58
16.4	Rettspraksis	59
16.5	Utenlandske lover	60
16.6	Internasjonale konvensjoner og traktater	61
16.7	Nettsider	62

1 Innledning

1.1 Tema

I denne oppgave vil problemstillinger knyttet til forskning innen kryptologi bli belyst. Med bakgrunn i at forskning innen kryptologi er unntatt i reglene om vern av tekniske beskyttelsessystemer etter åndsverkloven §53a tredje ledd, første punktum.

Det oppstår særegne problemstillinger knyttet til at beskyttelse tekniske beskyttelsessystemer er inntatt i åndsverkloven. I forbindelse med forskning innen kryptologi er det spesielt to spørsmål som kommer opp, for det første hvilke krav som skal stilles til forskningen, og for det andre adgangen til publikasjon.

Det er også nær sammenheng mellom den tillatte forskningen innen kryptologi, og datatyveri og kodeknekking.

1.2 Problemstillinger

I denne framstillingen er det i hovedsak det tekniske beskyttelsessystemet i seg selv som er objektet. Med andre ord er vil det i denne framstillingen bli fokusert på den totale beskyttelsen for tekniske beskyttelsessystem, og da spesielt med fokus på unntaket knyttet til forskning innen kryptologi i åvl. §53 tredje ledd, første punktum.

For det første tar denne oppgaven sikte på å diskutere grunnlaget for unntaket i åndsverkloven §53a tredje ledd, første punktum.

Videre vil de rent materielle sidene av åvl. §53a første og annet ledd bli gjennomgått, sett i sammenheng med unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum.

Det vil også bli sett nærmere på hvilke løsninger som kan anvendes når det tekniske beskyttelsessystemet i seg selv er et datamaskinprogram

Videre vil det også bli sett nærmere på straffelovgivningen både i relasjon til forskning innen kryptologi innenfor rammene av åvl. §53a tredje ledd, første punktum; og en nærmere gjennomgang av hvordan disse reglene relaterer seg til datatyveri og kodekneking.

Til slutt vil det bli diskutert de lege ferenda hvordan åvl. §53a tredje ledd, første punktum burde være.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven vil være avgrenset til en diskusjon rundt åvl. §53a. og de implikasjoner bruken av §53a tredje ledd , første punktum har.

2 Rettskilder

Opphavsretten slik som den framstår i dag er i stor grad et resultat av utstrakt internasjonalt samarbeid. Norge er bundet av flere konvensjoner og traktater, i tillegg er den norske åndsverkloven et resultat av nordisk lovsamarbeid. I det følgende vil det bli gjort en oppsummering av de rettskilder som utgjør hovedfundamentet i den videre framstillingen.

2.1 Bernkonvensjonen

Bernkonvensjonen (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) har en historie som strekker seg helt tilbake til 9. september 1886, og har etter det gjennomgått flere forandringer og i dag er det Paristeksten fra 1971 som er den gjeldende utgaven. Bernkonvensjonen har blitt signert i et fransk og et engelsk eksemplar av de tiltredende stater¹; og har offisielle tekster på flere andre språk, men de er bare å betrakte som oversettelser.² Ved tolkningsmotstrid mellom den engelske og den franske utgaven av teksten er det den franske som går foran.³

Ratifisering av Bernkonvensjonen innebærer at man tiltrer Bernunionen.⁴ Formålet med Bernkonvensjonen er å regulere forholdet mellom unionslandene og opphavsmenn fra *andre* unionsland og land utenfor unionen, så sant det gjeldende verket blir publisert for første gang i et land innenfor unionen. Den innebærer altså ingen forpliktelser til opphavsmenn fra eget land.^{5,6}

Bernkonvensjonen framstår som en minimumskonvensjon da dens obligatoriske bestemmelser oppstiller et minstekrav til beskyttelse, men unionslandene kan om de måtte ønske det gi videre vern enn konvensjonen oppstiller⁷ eller inngå særavtaler som gir videre vern.⁸

¹ Bernkonvensjonen artikkel 37(1) (a)

² Bernkonvensjonen artikkel 37(1) (b)

³ Bernkonvensjonen artikkel 37(1) (c)

⁴ Bernkonvensjonen artikkel 1

⁵ Rognstad (2009), s.46

⁶ Bernkonvensjonen artikkel 5

⁷ Bernkonvensjonen artikkel 19

⁸ Bernkonvensjonen artikkel 20

2.2 TRIPS-avtalen

TRIPS-avtalen (Trade Related aspects of Intellectual Property rights) ble til som et ledd i forhandlingene rundt GATT-avtalen (General Agreement on Tarrifs and Trade) som førte til opprettelsen av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization). TRIPS-avtalen ble inntatt som en særavtale under WTO-avtalen⁹ og ble signert den 15. april 1994 og trådte i kraft 1. januar 1995.¹⁰

TRIPS-avtalen regulerer flere sider av immaterialretten, og i forhold til opphavsretten er de fleste bestemmelsene basert på eksisterende regler og prinsipper som følger av andre konvensjoner.¹¹ En av de viktigste implikasjonene av TRIPS-avtalen er at den ble brakt inn under det tvisteløsningssystem som hører til Verdens Handelsorganisasjon.¹² Dette tvisteløsningssystem gjelder bare mellom partene i TRIPS-avtalen, med andre ord er det bare tvister mellom statene som vil kunne være gjenstand for behandling etter dette tvisteløsningssystem.¹³ Siden TRIPS-avtalen i stor grad er basert på regler som følger av andre konvensjoner vil altså brudd på reglene i disse konvensjonene etter omstendighetene kunne bli gjenstand for tvisteløsning under Verdens Handelsorganisasjons system.

2.3 WIPO-traktatene

⁹ WTO-avtalen vedlegg 1 C

¹⁰ WTO-avtalen (Uruguay Round: Final Act), http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92160001.pdf, sjekket (22.04.2011)

¹¹ Rognstad (2009), s 52

¹² TRIPS-avtalen artikkel 64, jfr. WTO-avtalen vedlegg 2.

¹³ Rognstad (2009), s. 53

Under WIPO (World Intellectual Property Organization) ble det i 1996 fremforhandlet to traktater, WCT (WIPO Copyright Treaty) og WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty), som begge trådte i kraft fra 2002.

WCT er en særavtale etter Bernkonvensjonens artikkel 20, jfr. WCTs artikkel 1(1). Det følger av dette at WCT gir videre rettigheter enn det som følger av Bernkonvensjonen, og under WCT blir man forpliktet til å følge artikkel 1 til 21 og vedlegget til Bernkonvensjonen.¹⁴

WPPT er en selvstendig traktat, men har nær tilknytning til Romakonvensjonen¹⁵, og etter WPPTs artikkel 1(1) blir det uttrykkelig fastslått at traktaten ikke skal virke inn på forpliktelser etter Romakonvensjonen. Til grunn for denne presiseringen ligger det at anvendelsesområdet for WPPT er snevrere enn det som følger av Romakonvensjonen.¹⁶

Norge har foreløpig ikke tiltrådt noen av disse traktatene, men på grunn av traktatenes forhold til opphavsrettsdirektivet får de indirekte innvirkning på norsk rett.

2.4 Opphavsrettsdirektivet 2001/29/EF

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet¹⁷, er en av de viktigste rettskildene knyttet til reglene om tekniske beskyttelsessystemer. Direktivet er kjent under flere forskjellige navn, i det følgende vil det bli omtalt som opphavsrettsdirektivet; blant andre navn som det er kjent under er Infosoc-direktivet og EUCD (EU Copyright Directive).

¹⁴ WCT-traktaten artikkel 1(4)

¹⁵ International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations

¹⁶ Rognstad (2009), s. 51.

¹⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

Opphavsrettsdirektivet ble inntatt i EØS-avtalen etter beslutning fra EØS-komiteen den 9. juli 2004, dette ble gjort med forbehold om godkjenning fra Stortinget.¹⁸

Innstillingen som ble lagt fram gjennom St.prp. nr. 6 (2004-2005) ble enstemmig godkjent av Stortinget den 4. juni 2005.¹⁹ Hjemmelen for direktivet er EF-traktaten, gjennom artikkel 57 (2), 66 og 100a.²⁰

Til grunn for direktivets innhold ligger de forannevnte traktatene WCT og WPPT, og Grønnboken om opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet fra 1995.²¹ I forarbeidene til den norske implementasjonen av opphavsrettsdirektivet blir det bemerket at hovedmålsetningen med direktivet er å ”skape rettslig klarhet når det gjelder utnyttelse av vernede åndsverk og arbeider i digital form”.²² Det er altså en målsetning at man skal avhjelpe de problemer som måtte oppstå i forbindelse med håndhevelse av rettigheter, knyttet til de nevnte åndsverk og arbeid, i digital kontekst.²³

2.5 Edb-direktivet 91/250/EEC

Rådsdirektiv 91/250/EØF av 14. mai 1991 om rettslig vern av datamaskinprogrammer²⁴ har blitt implementert i åndsverkloven gjennom lov av 4. desember 1992 nr. 128; denne loven førte til tilføyelse av det som nå er åvl. §§39g, 39h og 39i. Dette direktivet er også kjent under flere forskjellige navn, i det følgende vil det bli omtalt som edb-direktivet; i lovforarbeidene forut for implementasjonen ble det omtalt som programvaredirektivet.

Bakgrunnen for direktivet var et ønske om å harmonisere opphavsretten knyttet til datamaskinprogrammer, dette ble ansett som nødvendig fordi det i nasjonal lovgivning,

¹⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 12

¹⁹ St.prp. nr 6 (2004-2005)

²⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 11

²¹ Ibid

²² Ibid

²³ Riis (2001). s.167

²⁴ Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC)

forut for direktivet, var forskjeller i beskyttelsen av datamaskinprogrammer; dette ble sett på som skadelig for det indre markedet.²⁵

Edb-direktivet har blitt endret flere ganger og i 2009 ble disse endringene kodifisert i et nytt direktiv, 2009/24/EF, dette har ikke medført noen realitetsendringer i forhold til de ovenfornevnte bestemmelsene i åndsverkloven.²⁶ Det nye direktivet har blitt besluttet gjennomført 2. april 2011²⁷ av EØS-komiteen, men har fortsatt ikke blitt godkjent av Stortinget.

2.6 Åndsverkloven

Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk, i det følgende åndsverkloven (åvl.), inneholder bestemmelser knyttet til innholdet i opphavsrettighetene. Loven ble til gjennom et utstrakt nordisk lovsamarbeid, og dette fører til at både forarbeider og rettspraksis fra de øvrige nordiske land kan være nyttige hjelpemidler for tolkningen av den norske loven.²⁸

Mange av rettsreglene knyttet til opphavsretten har sin bakgrunn i internasjonale konvensjoner og traktater; og i europeisk sammenheng er det mange som stammer fra EU/EØS. Denne felles bakgrunnen til regler i internasjonal sammenheng gjør at det i mange tilfeller vil være hensiktsmessig å illustrere problemstillinger og mulige løsninger i opphavsrettslig sammenheng ved å se til utenlandsk rett. Som Rognstad påpeker ”ligger det fallgruver som følge av ulikheter i de underliggende rettsystemer og som bør mane til forsiktighet på dette punkt.”²⁹

Denne oppgaven vil i stor grad omhandle de bestemmelser, knyttet til tekniske beskyttelsessystemer, som ble innført i forbindelse med implementasjonen av

²⁵ Ot.prp.nr.84 (1991-1992), s. 15

²⁶ <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2009/juni/edb-direktivet.html?id=570413>, [sjekket 24.04.2011]

²⁷ <http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/Europa/Beslutningsliste-01-04-2011.pdf>, [sjekket 26.04.2011]

²⁸ Rognstad (2009), s. 41-42

²⁹ Rognstad (2009), s. 44

opphavsrettsdirektivet, disse bestemmelsene ble tilføyd ved lov av 17. juni 2005 nr. 97 og finnes i åvl. kapittel 6a.

3 Rettighetsstrukturen i åndsverkloven

3.1 Generelt

I det følgende vil det bli gjort kort rede for noen av de vesentligste delene av rettighetsstrukturen i åndsverkloven.

3.2 Opphavsrettens subjekt

Etter åvl. §1 er det den som skaper et åndsverk som har opphavsrett til det. Det følger av dette at det må være en fysisk person som er opphavsmann, ettersom juridiske personer ikke kan skape noe. Den som opprinnelig skaper et åndsverk blir betegnet som originær opphavsmann. Om noen erverver den originære opphavsmannens rettigheter er den å betegne som rettighetshaver. Etter åvl. §6 kan det også være flere originære opphavsmenn til et åndsverk, selv om det i åvl. §1 står ”den”.

3.3 Opphavsrettens objekt

Det er åndsverket som er opphavsrettens objekt; det følger av åvl. §1 at det er ”litterære, vitenskaplige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform” som kan være åndsverk. Det blir deretter listet opp en rekke verkstyper

som kan være åndsverk, denne listen er derimot ikke uttømmende, det kan derfor tenkes at det er andre verkstyper enn de som er i listen som også kan være åndsverk.

For at et verk skal være et åndsverk i lovens forstand må det tilfredstille tre kummulative krav, det må være en frembringelse, på det litterære eller kunstneriske område, og det må tilfredsstille tilfredsstille det såkalte verkshøydekravet.

Det er viktig å understreke at det er åndsverket i seg selv som gir opphav til immaterielle rettigheter, i motsetning til et eksemplar av åndsverket, og at det ikke omfatter de underliggende ideer og prinsipper, det er uttrykket eller formen verket får som blir vernet. Det kreves heller ingen registrering for å oppnå vern etter åndsverkloven.

3.4 Eneretten

Enerettsbegrepet er sentralt i denne oppgaven og etter åvl. §2 omfatter opphavsmannens enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille eksemplarer og å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk. En spesiell type framføring som er sentral i digital kontekst er den som følger av åvl. §2 fjerde ledd; ”Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket”. Dette omfatter såkalte on-demand-tjenester (også kalt forespørselstjenester).

Eneretten blir ofte også betegnet som en økonomisk rettighet fordi det gjennom beskyttelsen som tilfaller åndsverket gjør at opphavsmannen kan tjene penger på åndsverket.³⁰ Eneretten er begrenset av de såkalte lånereglene som finnes

³⁰ Rognstad (2009), s. 150

3.5 Ideelle rettigheter

Man finner de ideelle rettighetene i åvl. §3, de omfatter en rett til å bli navngitt, vern mot at verket blir endret eller tilgjengeliggjort for allmenheten på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphavsmannens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart, eller for verkets anseelse eller egenart. Disse rettighetene er i utgangspunktet uoverdragelige, jfr. åvl. §3 tredje ledd.

4 Tekniske beskyttelsessystemer

4.1 Oversikt

Tekniske beskyttelsessystemer er en betegnelse på ”enhver teknologi som er egnet til å regulere tilgangen til og/eller bruk av digitalt innhold”.³¹ Tekniske beskyttelsessystemer forekommer i flere forskjellige varianter, med varierende metoder og løsninger.

I litteraturen er det spesielt to begreper som forekommer, nemlig DRM (Digital Rights Management) og TPM (Technological Protection Measures). Som Rognstad påpeker er ”[...] betegnelsen DRM ikke [...] synonym med tekniske beskyttelsessystemer, idet den dels omfatter mer, dels mindre, enn sistnevnte. Men tekniske beskyttelsessystemer vil normalt inngå som del av av et DRM-system”.

I det følgende vil det bli redegjort for teknikker som blir benyttet i tekniske beskyttelsessystemer, og dermed også DRM-systemer. Følgelig er dette relevant for forståelsen av opphavsrettsdirektivet.

³¹ Rieber-Mohn (2010), s. 27

4.2 Steganografi

Steganografi kommer fra gresk og betyr skjult skrift. I praksis handler det om å skjule informasjon, for eksempel ved å gjemme den i annen informasjon, eller på annen måte gjøre den utilgjengelig for uvedkommende.

I digital sammenheng har det blitt utviklet metoder som går ut på å skjule informasjon i datafiler, for eksempel i bilde-, lyd- og videofiler.³² I forbindelse med DRM-systemer blir det ofte brukt i såkalt ”elektronisk vannmerking”.³³ Formålet med elektronisk vannmerking er å legge inn informasjon i filene som er knyttet til rettighetsidentifikasjon, dette kan være informasjon om hvem som er opphavsmannen, lisensvilkår, og lignende.

4.3 Kryptologi

Kryptologi er læren om sikker kommunikasjon og består av to forskjellige områder kryptografi og kryptoanalyse.³⁴

Kryptografi omfatter teknikker for å gjøre informasjon uleselig (for uvedkommende) ved å skjule meningsinnholdet og er en sentral teknikk i mange DRM-systemer.³⁵ Som nevnt går det ut på å gjøre informasjon uleselig, og dette oppnås ved å kryptere informasjonen. Dette oppnås ved å ”rote til” informasjonen i forhold til en krypteringsalgoritme. For å reversere prosessen benyttes en nøkkel eller en protokoll som er kjent av avsender og mottaker. Nøkkelen vil vanligvis være et streng med tegn, for eksempel kan det være et passord.

³² <http://www.snl.no/steganografi>, [sjekket 24.04.2011]

³³ Rognstad (2009), s. 391

³⁴ <http://www.snl.no/kryptologi>, [sjekket 24.04.2011]

³⁵ Rieber-Mohn (2010), s. 170.

Kryptografiske teknikker har utviklet seg over flere hundre år³⁶, og de første kryptografiske teknikker var kun effektive så lenge algoritmen ble holdt skjult fra uvedkommende, utviklingen av kryptografiske teknikker har ført til at sikkerheten ikke er avhengig av at algoritmen er skjult, men at nøkkelen er skjult.³⁷

Kryptoanalyse omfatter teknikker for å kunne tyde materiale som har blitt gjort uleselig ved hjelp av kryptering, uten å inneha nøkkelen eller protokollen som hører til den krypterte informasjonen. De teknikker som brukes i dag for å bryte kryptografi i DRM-systemer kan beskrives i forhold til to typetilfeller. For det første er det angrep på nøkkelen som har blitt brukt til å kryptere innholdet, og for det andre å fange opp det opphavsrettslig beskyttede materiale direkte foran maskinvaren, såkalt irregulær tilgang.³⁸

Et angrep på nøkkelen kan gjennomføres på ulike måter, en måte å gjøre det på er ved et såkalt ”brute-force”-angrep, som kort sagt går ut på å prøve ut alle tenkelige kombinasjoner av nøkler til man finner den som passer, effektiviteten av en slik metode avhenger av lengden på nøkkelen og hvor mye kalkuleringskraft man har tilgjengelig.³⁹

4.4 Content Scramble System (CSS)

Et velkjent eksempel på et DRM-system basert på kryptografi er CSS, dette systemet ble utviklet for å beskytte innholdet på DVDer (Digital Versatile Disc). CSS blir administrert av DVD Copy Control Association.⁴⁰

³⁶ Se Singh (1999) for mer om den historiske utviklingen.

³⁷ Rieber-Mohn (2010), s. 170, se også Singh (1999).

³⁸ Hauser/Wenz (2003), s. 206-207; Sunde (2005) s.171

³⁹ Hauser/Wenz (2003), s. 206-207

⁴⁰ <http://www.dvdcca.org/>, [sjekket 24.04.2011]

Måten systemet virker på er å kryptere innholdet på DVDen ved hjelp av en krypteringsalgoritme. For å kunne lese av innholdet på DVDen trenger man DVD-spiller som inneholder en krypteringsnøkkel. For å kunne produsere DVD-spillere eller datamaskinprogrammer til avspilling av DVDer, som er beskyttet av CSS, må man ha tilgang til krypteringsalgoritmen og krypteringsnøklene. For å kunne få tilgang til dette må man inngå en avtale med DVD Copy Control Association som forvalter patentet som ligger til grunn for CSS.⁴¹ I denne avtalen ligger det blant annet krav om at man skal forholde seg til visse grensesnitt for visning av det beskyttede materialet og at man blant annet skal implementere systemer som skal gjøre det vanskelig å bryte kopisperrer, finne krypteringsnøklene og få tak i sikkerhetsalgoritmene knyttet til CSS.⁴²

I ”DVD-Jon-dommen”, RG 2004 s.414. ble Jon Lech Johansen frikjent for brudd på den daværende strl. §145 annet ledd. Han hadde sammen med andre utviklet et verktøy, DeCSS, for omgåelse av CSS. Dette verktøyet hadde blitt utviklet ved at dekrypteringsalgoritmen hadde blitt funnet ved hjelp av omvendt utvikling (dekompilering) av CSS og spillernøklene ble funnet ved hjelp av kryptoanalyse. Formålet hadde vært å bidra til at DVDene kunne spilles av i operativsystemet Linux. Etter implementasjonen av opphavsrettsdirektivet er det ikke sikkert at resultatet ville blitt det samme.

4.5 Datamaskinprogrammer

Datamaskinprogrammer kan få opphavsrettslig beskyttelse i forhold til åndsverkloven etter åvl. §1 nr. 12. Det er ikke nærmere angitt i loven hva som er et datamaskinprogram, ei heller i edb-direktivet. Rognstad viser til NOU 1986: 18 der datamaskinprogrammer blir betegnet som ”instruksjoner – i en bestemt rekkefølge og i

⁴¹ Westman (2003), s. 562

⁴² <http://www.dvdcca.org/processa.aspx> [sjekket 24.04.2011], se CSS Associate License (Assembler) for mer informasjon om innholdet i avtalen.

en bestemt form – som kan utføres av en datamaskin”⁴³, det blir også presisert at datamaskinprogrammene ”gjør det mulig å styre en datamaskin i detalj, slik at den utfører bestemte oppgaver”.⁴⁴

Det er ut ifra denne definisjonen vanskelig å få et skikkelig grep om hva som omfattes av begrepet datamaskinprogram. Fra de danske forarbeidene, sitert av Riis, vises det til følgende definisjon ”Et edb-program er en række instruktioner eller opplysninger, fikseret i en hvilken som helst form eller på et hvilket som helst medium, som tilsigter direkte eller indirekte at bringe en datamat til at angive, utføre eller opnå en bestemt funktion, opgave eller et bestemt resultat”⁴⁵

Totalt sett så ser man ut i fra disse definisjonene at det er instruksjonene som nyter det opphavsrettslige vern. Hvilken form disse instruksjonene har, enten det har form som kildekode eller maskinkode, og hvilket medium de er fiksert på spiller ingen rolle for det opphavsrettslige vern.⁴⁶ Videre blir det i fortalen til edb-direktivet, punkt 7, presisert at beskyttelsen også skal strekke seg til det forberedende designmateriale. Dette har blitt diskutert i juridisk litteratur, og det har blitt foreslått at det forberedende materiale skal være beskyttet etter reglene for andre verkstyper.⁴⁷

Datamaskinprogrammet må også ellers tilfredstille vilkårene for å få opphavsrettslig beskyttelse. Dette kan bli satt på spissen da det i opphavsretten er allminnelig antatt at den opphavsrettslige beskyttelse kun gjelder verkets i dens konkrete form, og ikke de underliggende ideer og prinsipper. For datamaskinprogrammer blir det i edb-direktivets artikkel 1 (2) presisert at “Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces are not protected by copyright under this Directive.” I denne sammenheng blir ofte begrepet algoritmer brukt synonymt med de ideer som ligger til grunn for datamaskinprogrammet, de kan da få uttrykk som for eksempel en logisk struktur eller en matematisk formel.⁴⁸ Rognstad

⁴³ Rognstad (2009), s. 112, med videre henvisninger

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Riis (2001), s. 20, med videre henvisninger

⁴⁶ Rognstad (2009), s. 113

⁴⁷ Riis (2001), s. 20, med videre henvisninger; se også Rognstad (2009), s. 113.

⁴⁸ Riis (2001), s. 31

viser til at begrepet algoritmer kan ha forskjellig meningsinnhold, og at det i visse tilfeller kan forstås ”som den samlede summen av alle trinnsvise problemløsninger som ligger bak et program – i praksis *hele programmet*”.⁴⁹ En slik forståelse av begrepet er naturligvis ikke holdbar da det er på det rene at datamaskinprogrammer kan ha opphavsrettslig beskyttelse etter åndsverkloven.

Videre er det flere avgrensning i forhold til hva som er å anse som datamaskinprogrammer. Blant annet er datamaskinprogrammer som er sammenføyd med en bruksgjenstand, dvs. firmware (fastprogram), f.eks. firmware i en vaskemaskin, ikke å ansees som et datamaskinprogram i forhold til særreglene for datamaskinprogram. Dette gjelder også maskinlesbare eksemplarer av andre verk enn datamaskinprogram, f.eks. en CD-ROM som gjengir skrift.⁵⁰

Avslutningsvis er det også verdt å nevne datamaskinprogrammets forhold til patentretten. Etter patentloven §1 annet ledd nr. 3 skal datamaskinprogrammer ikke ansees å være oppfinnelser i relasjon til patentloven, og kan dermed ikke oppnå patentbeskyttelse. Det er derimot ikke utelukket at teknikker som blir utført ved hjelp av et datamaskinprogram kan få patentbeskyttelse.⁵¹

5 Metodikk

5.1 Betydningen av internasjonale rettskildefaktorer

⁴⁹ Rognstad (2009), s. 114

⁵⁰ Ot.prp. nr 46 (2004-2005), s.122

⁵¹ Stenvik (2006), s. 140-148.

Forholdet mellom norsk rett og folkeretten følger det dualistisk prinsipp.⁵² Det innebærer at norsk rett går foran folkeretten ved motstrid. En av virkningene av dette er at de internasjonale forpliktelser Norge har ikke får direkte virkning ovenfor rettssubjekter i den nasjonale rett. Til tross for dette kan internasjonale rettskildefaktorer være av betydning fordi det presumeres at norsk rett stemmer overens med de folkerettslige forpliktelser vi har.⁵³ Presumsjonsprinsippet er altså et tolkningsprinsipp som brukes når den norske regelen gir rom for tolkning.

Høyesterett legger i Rt. 2000 s.1811 (Finanger I) til grunn at:” Gjennomslagskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til.” I lys av dette er det grunn til å tro at presumsjonsprinsippet kan bli anvendt forskjellig avhengig av hvilken forpliktelse det brukes opp mot. Spesielt når det gjelder forpliktelser etter EØS-avtalen kan det antas at presumsjonsprinsippet rekker minst like langt som prinsippet om fellesskapskonform tolkning.⁵⁴

Det er videre også antatt at presumsjonsprinsippet kan brukes til innskrenkende tolkning av norsk rett. Det må i slike tilfeller tas hensyn til om motstriden mellom den norske regelen og den folkerettslige forpliktelsen skyldes ubevisst eller bevisst motstrid.⁵⁵ Når det gjelder ubevisst motstrid vil den folkerettslige norm gå foran, men om det foreligger bevisst motstrid må man følge den norske regelen, jfr. det dualistisk prinsipp.

6 Om saksgangen ved implementeringen av opphavsrettsdirektivet

⁵² Bl.a. Arnesen/Stenvik (2009), s. 49; Rieber-Mohn (2010)

⁵³ Arnesen/Stenvik (2009), s. 59

⁵⁴ Arnesen/Stenvik (2009),s. 58

⁵⁵ Ruud/Ulfstein (2008), s. 64

6.1 Innledning

Bakgrunnen for opphavsrettsdirektivet var ønsket om å harmonisere visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. I fortalens punkt 1 blir det lagt til grunn at formålet med dette er å skape et internt marked og innføre et system slik at konkurransen i det interne marked blir forstyrret. Denne harmoniseringen ble ansett som nødvendig for å imøtekomme de utfordringer som måtte antas å oppstå i forbindelse med de teknologiske utfordringer som var ventet å oppstå.⁵⁶ Dette er blant annet av hensyn til den økonomiske utvikling og videre produksjon av åndsverk⁵⁷. For å kunne gjøre dette blir det i fortalens punkt 31 nevnt at det må oppnås en rettferdig balanse mellom rettighetene og interessene både til rettighetshaverne og brukerne av det opphavsrettslig beskyttede materiale.

Sentralt for denne oppgaven er innføringen av beskyttelse av tekniske beskyttelsesystemer i åndsverkloven. Bestemmelsene knyttet til beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer finner vi i opphavsrettsdirektivet artikkel 6 i kapittel III.

Det er to typer handlinger som gjennom opphavsrettsdirektivet søkes å gjøres forbudt. For det første er det omgåelseshandlingen, og etter opphavsrettsdirektivets artikkel 6(1) skal medlemsstatene sørge for:

”adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.”

For det andre gjelder det foreberedende handlinger og etter opphavsrettsdirektivets artikkel 6(2) skal medlemsstatene sørge for:

⁵⁶ 2001/29/EF, fortalens punkt 6

⁵⁷ 2001/29/EF, fortalens punkt 10

”adequate legal protection against the manufacture, import, distribution, sale, rental, advertisement for sale or rental, or possession for commercial purposes of devices, products or components or the provision of services which: (a) are promoted, advertised or marketed for the purpose of circumvention of, or (b) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent, or (c) are primarily designed, produced, adapted or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of, any effective technological measures.”

I denne bestemmelsen ser man at objektet for beskyttelsen er effektive tekniske beskyttelsessystemer, hva som skal forstås med tekniske beskyttelsessystemer og hvilke av disse som skal anses som effektive blir definert i artikkel 6(3):

” For the purposes of this Directive, the expression ‘technological measures’ means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subjectmatter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC. Technological measures shall be deemed ‘effective’ where the use of a protected work or other subjectmatter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.”

I opphavsrettsdirektivet artikkel 6(4) finner vi en uttømmende liste for tillatte nasjonale unntak til beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer. Det henvises videre til artikkel 5 der unntakene er beskrevet.

I direktivets fortale punkt (48) slås det fast at ” [i]n particular, this protection should not hinder research into cryptography” i relasjon til beskyttelsen av de tekniske beskyttelsessystemene.

6.2 Forarbeidene⁵⁸

6.2.1 Høringsutkast (2. april 2003): om forslag til endringer i åndsverkloven m.m.

Allerede før EØS-komiteen hadde besluttet å innlemme opphavsrettsdirektivet i EØS-avtalen ble dette høringsutkastet sendt ut. Det framgår av høringsutkastet at det hadde foregått et nordisk samarbeid om implementeringen på departementsnivå.⁵⁹ Med bakgrunn i opphavsrettsdirektivets fortale ble det i høringsutkastet foreslått et unntak i beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer til fordel for forskning innen kryptologi. I forslaget blir det også nevnt at denne forskning må skje i en forskningsinstitusjon og at de oppnådde resultater kan publiseres uten å komme i konflikt med beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer.⁶⁰

6.2.2 Ot.prp. nr. 46 (2004-2005): Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Hovedformålet med odelstingsproposisjonen var å gjennomføre opphavsrettsdirektivet. For å følge opp at EØS-komiteen hadde besluttet å innlemme direktivet i EØS-avtalen. Dette hadde blitt gjort med forbehold om Stortingets godkjenning. Noe som også senere ble gitt. Videre ble det også foreslått forandringer i tilknytning til eneretten etter åvl. §2, slik at den ville omfatte såkalte ”on-demand”-tjenester.⁶¹

I odelstingsproposisjonen ble det gjort visse justeringer i forhold til unntaket til fordel for forskning innen kryptologi. Det ble av departementet foreslått at kravet til tilknytning til forskningsinstitusjon ikke skulle videreføres, bl.a. hadde det kommet inn forslag fra Opera Software om dette.⁶² Det ble også i forhold til publiseringsadgangen av de oppnådde forskningsresultater konkludert med at det måtte bero på en konkret

⁵⁸Se <http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=31376> [sjekket 26.04.2011] for saksforløpet forut for implementeringen av opphavsrettsdirektivet.

⁵⁹ Høringsutkast (2003), s. 14-15

⁶⁰ Op. cit., s. 91

⁶¹ Ot.prp. nr.46 (2004-2005), s. 140

⁶² Op. cit., s. 121

vurdering om disse kunne publiseres;⁶³ det ble også foreslått et krav om at både sender og mottaker av disse resultatene hadde den nødvendige tilknytning til forskning innen kryptologi.⁶⁴

6.2.3 Innst. O. nr. 103 (2004-2005)

I komitebehandlingen ble det ikke gjort noen forandringer i forhold til unntaket til fordel for forskning innen kryptologi. Det ble av komiteen bemerket at de var enige med departementet om at det skulle være et unntak i beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer.⁶⁵

6.2.4 Avsluttende bemerkninger

I debatten i Odelstinget og møtet i Lagtinget kom det ikke fram noe mer angående unntaket til fordel for forskning innen kryptologi. Blant de delene av lovforslaget det var størst debatt knyttet til var forslaget til åvl. §53a tredje ledd, annet punktum. I Lagtinget foreslo Høyres representant Olemic Thommesen at lovforslaget skulle sendes tilbake til Regjeringen, han begrunnet det med: ” Som lovgivere har vi i Stortinget et stort og sammensatt ansvar. To sentrale aspekter ved dette er: å vedta lover som er operative og forståelige for befolkningen; og Stortingets organer må legge til grunn at disse lovene er i overensstemmelse med våre internasjonale forpliktelser”⁶⁶

7 Om innholdet i åvl. §53a

⁶³ Op. cit., s. 122

⁶⁴ Op. cit., s. 156

⁶⁵ Innst. O. nr. 103 (2004-2005), s. 39

⁶⁶ Referat fra Lagtinget, <http://www.stortinget.no/Global/pdf/Referater/Lagtinget/2004-2005/1050608.pdf> [sjekket 26.04.2011] s. 26.

7.1 Oversikt

Det er to forbud knyttet til åvl. §53a, for det første er det forbudt å omgå et effektivt teknisk beskyttelsessystem, og for det andre er det forbudt å distribuere, produsere, tilby tjenester mv. knyttet til omgåelsesinstrumenter.

Innholdet i åvl. §53a første og annet ledd er i hovedsak knyttet til to begreper, for det første hva som er et ”effektivt teknisk beskyttelsessystem”, og for det andre hvilke handlinger som innebærer ”omgåelse av effektive beskyttelsessystemer”.

Det vil i det følgende ikke bli gått noe nærmere inn på åvl. §53b som gjennomfører artikkel 6 (4) i opphavsrettsdirektivet, da denne bestemmelsen ikke er av særlig relevans i forhold til unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum. Kort sagt er gjennomfører åvl. §53b tiltak mot vidtgående beskyttelsessystemer i relasjon til åndsverket som er beskyttet av det tekniske beskyttelsessystemet, og er knyttet til de såkalte ”lånereglene” åndsverkloven.

7.2 Effektive tekniske beskyttelsessystemer

I den norske loven blir det ikke definert hva som er et effektivt teknisk beskyttelsessystem, men det er i forarbeidene antatt at det skal ha samme meningsinnhold som etter opphavsrettsdirektivet.⁶⁷ I opphavsrettsdirektivets artikkel 6 punkt 3 første punktum blir et teknisk beskyttelsessystem definert som ”any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts in respects of works or other subjectmatter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law.” I Ot.prp.nr.46 (2004-2005) blir det også gjort klart at selve utformingen på det tekniske beskyttelsessystemet eller om det er tilknyttet en avspillingsenheten eller verkseksemplaret ikke behøver å spille noen rolle for vernet.⁶⁸ Det er heller ikke av betydning om det tekniske beskyttelsessystemet er tilknyttet et verk eller arbeid som er

⁶⁷ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s.115

⁶⁸ Ibid.

inkorporert i et fysisk produkt.⁶⁹

For at et teknisk beskyttelsessystem skal være effektivt må det oppfylle visse minstekrav. I opphavsrettsdirektivets artikkel 6 (3) andre punktum skal et teknisk beskyttelsessystem anses som effektivt ”where the use of a protected work or other subjectmatter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subjectmatter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective”.

Dette innebærer at for at et teknisk beskyttelsessystem skal betegnes som effektivt må det fungere etter formålet.⁷⁰ I forarbeidene blir det også nevnt at det må stilles visse minstekrav til ”effektiviteten”; blant annet blir det nevnt at et teknisk beskyttelsessystem ikke oppfyller kravet om det lar seg nøytralisere ”ved et tussjstrøk på platen eller ved at en tast på tastaturet holdes inne i forbindelse med innlesning”.⁷¹

Det er på det rene at opphavsrettsdirektivet ikke skiller mellom adgangs- og kopisperrer (kontroller), og begge kan derfor være tekniske beskyttelsessystemer i relasjon til forbudet i opphavsrettsdirektivet.^{72, 73} I norsk rett er det derimot antatt at beskyttelsessystemer som ikke beskytter opphavsrettslig relevante handlinger ikke er beskyttet av omgåelsesforbudet. I praksis gjelder dette bare rene tilgangssperrer.⁷⁴ Med andre ord er både kopisperrer (tekniske beskyttelsessystemer til kontroll av eksemplarframstillingen) og kombinerte tilgangs- og kopisperrer beskyttet mot omgåelse etter bestemmelsen, slik at i praksis vil de aller fleste tekniske beskyttelsessystemer være beskyttet.

7.3 Omgåelse

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s.145

⁷¹ Ibid

⁷² Ibid

⁷³ Rieber-Mohn (2006), s. 324-325

⁷⁴ Rognstad (2009), s. 379

I relasjon til forbudet mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer er omgåelseshandlingen enhver handling som gjør at et effektivt beskyttelsessystem ikke lengre fungerer som et beskyttelsessystem. Med andre ord er det altså enhver handling som gjør det effektive beskyttelsessystemet ineffektivt. Det er ikke gjort noen forsøk på en nærmere beskrivelse av hvilke handlinger som typisk vil innebære en omgåelse, men det vil for eksempel kunne være å dekryptere et kryptert verk .

Fra alminnelige opphavsrettslige prinsipper er det klart at det å observere og finne ut av et teknisk beskyttelsessystems idéer og prinsipper ikke er en omgåelse, da disse ikke har opphavsrettslig beskyttelse. Slik omvendt analyse er nært knyttet opp mot omvendt utvikling, som i forhold til datamaskinprogrammer ikke er tillatt, etter åvl. §39, untatt når det blir gjort med det formål å bidra til interoperabilitet. Dette vil bli gått nærmere inn på under.

Som nevnt over er det bare visse typer tekniske beskyttelsessystemer som er beskyttet. I norsk rett er det antatt at det må foreligge ”opphavsrettslig relevans” for at et teknisk beskyttelsessystem skal være beskyttet mot omgåelse. I relasjon til åvl. §53a er det formuleringen ”[...]kontrollerer eksemplarframstillingen eller tilgjengeliggjøringen for allmennheten[...]” som er bestemmende for om et effektivt teknisk beskyttelsessystem er beskyttet mot omgåelse.⁷⁵ Det er altså tilknytningen til enerettshandlingene etter åvl. §2 jfr. §11a, og da bindingen til eksemplarframstillingen og tilgjengeliggjøringen for allmennheten, som er bestemmende for om en handling er opphavsrettslig relevant.⁷⁶ Handlinger som faller utenfor det opphavsrettslig relevante området, etter denne definisjonen, er derfor ikke beskyttet mot omgåelse etter §53a.⁷⁷

7.4 Omgåelsesverktøy

I tillegg til forbudet mot omgåelse er det etter åvl. §53a annet ledd oppstilt et forbud mot produksjon og distribusjon av omgåelsesverktøy. Det er imidlertid ikke alle typer

⁷⁵ Rognstad (2009), s.379

⁷⁶ Rieber-Mohn, (2006), s.323

⁷⁷ Op.cit., s.325

instrumenter til omgåelse av effektive som er omfattet av forbudet. Det er bare de effektive tekniske beskyttelsessystemer som er beskyttet etter §53a første ledd som forbudet retter seg mot. I forarbeidene blir presisert nærmere: ”Omfattet av loven er bare tekniske beskyttelsessystemer som anvendes for å kontrollere opphavsrettslig relevante handlinger. F.eks. kan ikke regionskoding av DVD-plater anses knyttet til slike handlinger, og kodingen vil ikke utgjøre et teknisk beskyttelsessystem i lovens forstand.

Dette innebærer at ”sonefrie DVD-spillere” heller ikke vil være omgåelsesverktøy i relasjon til forbudet ...”⁷⁸ Som nevnt over er både rene kopisperrer og kombinerte sperrer omfattet av beskyttelsen etter §53a første ledd, og det er bare de sperrer som utelukkende er tilgangssperrer som ikke er omfattet. Denne løsningen ble valgt fordi det etter departementet syn ville ”bli svært lett å omgå forbudet mot salg mv. av omgåelsesverktøy.”⁷⁹

Bestemmelsen etter åvl. §53a annet ledd må derfor leses i lys av dette. Handlingene som etter åvl. §53a annet ledd er forbudt i relasjon til ”innretninger, produkter eller komponenter som frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller som kun har begrenset ervervsmessig nytte for annet enn slikt formål, eller som i hovedsak er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse.”⁸⁰ er:

- salg, utleie eller annen distribusjon (bokstav a)
- produksjon eller innførsel med det formål å distribuere til allmennheten (bokstav b)
- reklame knyttet til salg eller utleie (bokstav c)
- ervervsmessig besittelse (bokstav d)
- tilbud om tilknyttede tjenester (bokstav e)

Det følger, som Rognstad påpeker⁸¹, at nesten alle former for befatning med omgåelsesverktøy blir rammet av lovens bestemmelse. Dette er i overenstemmelse med formålet som nevnt over. Det blir videre sagt at rekkevidden av uttrykket distribusjon

⁷⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 116

⁷⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 120

⁸⁰ Åvl. §53a annet ledd

⁸¹ Rognstad (2009), s. 383

skal forstås som ”distribusjon av fysisk eksemplar eller overføring i nettverk.” Denne presisjonen har også støtte i opphavsrettsdirektivets fortale punkt 16. Formålet med presiseringen er bl.a. å ramme distribusjon av omgåelsesverktøy på internett; Rognstad påpeker at ”nettet er den vanlige distribusjonskanal for omgåelsesverktøy”.⁸²

7.5 Unntak for forskning i kryptologi

I opphavsrettsdirektivets artikkel 6 finnes det ikke noen hjemmel for å omgå tekniske beskyttelsessystemer, og det er med utgangspunkt i direktivets fortale punkt 48 at Norge og flere EU-land, blant annet Sverige⁸³ og Danmark⁸⁴, har unntatt handlinger som er ledd i forskning på kryptologi. Formålet med å unnta handlinger som er ledd i forskning på kryptologi er at beskyttelsen for tekniske beskyttelsessystemer ikke skal være til hinder for den tekniske utvikling.

Etter åvl. §53a tredje ledd, første punktum skal:

”Bestemmelsen i denne paragraf skal ikke være til hinder for forskning i kryptologi”.

Dette unntaket ble først foreslått i Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m., i høringsutkastet ble det først foreslått at det ”I forskningsinstitusjoner kan det således undervises i kryptologi i tillegg [sic] at de forskningsresultater som oppnås kan offentliggjøres uten at en ved dette kommer i strid med forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer”.⁸⁵ Det blir presisert at dette skal gjelde både selve omgåelseshandlingen og produksjon av verktøy som muliggjør omgåelse; begge deler må ha tilknytning til forskning på kryptologi for å være tillatt.

⁸² Ibid.

⁸³ Lag (1960:729) 52 c §

⁸⁴ Ophavsretsloven §75c stk. 6.

⁸⁵ Høringsutkast 2003, s. 91

I høringsuttalelsene ble det stilt spørsmål om rekkevidden og kravene til ”forskningssituasjonen”, og i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) blir det trukket fram to motsatte syn på hva som skulle være å anse som en ”forskningssituasjon”.

Fra Opera Software ble det uttalt :

”Vi finner det naturlig i denne sammenheng å minne om at mange forskere og utviklere i Opera Software har startet sin karriere lenge før de begynte studier på høyskolenivå. Vi ber derfor departementet presisere at ”forskning” også kan finne sted andre steder enn ved forskningsinstitusjoner”.⁸⁶

Til kontrast fra dette ble det fra Antipiratgruppen uttalt:

” For å unngå uklarhet i forhold til rekkevidden av første ledd, foreslår Antipiratgruppen at unntaket vedrørende forskning i kryptologi tas ut av lovteksten. Antipiratgruppen kan heller ikke se at det er behov for en særlig lovbestemmelse på dette området, som må antas å være meget snevert, men viser til den generelle ulovfestede rettstridsreservasjonen. (...) Uansett må det foreslåtte unntaket i tredje ledd om forskning i kryptologi kun omfatte seriøs forskning ved anerkjente institusjoner. Dersom unntaket opprettholdes, bes departementet klargjøre dette, slik at situasjoner der ”alle og enhver” påberoper unntaket for å gå klar av forbudsbestemmelsen unngås.”

Departementet valgte å gå bort fra forslaget i høringsutkastet, dette ble gjort med begrunnelsen at ”unntaket ikke bør angis for snevert [...] og det er under enhver omstendighet innholdet i arbeidet som skal vurderes og ikke rammene rundt det.”⁸⁷, det må altså bero på en konkret vurdering om forskningen er å anse som omfattet av unntaket

Videre blir det også presisert at ”[d]e handlinger som ikke omfattes av unntaket, omfattes [...] av forbudet.” Det blir også presisert, som i høringsutkastet, at unntaket skal gjelde både i forhold til forbudet mot omgåelse og ”mot en nærmere angitt

⁸⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s 121

⁸⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 121

befatning med verktøy egnet for slik omgåelse”.⁸⁸ Dette blir begrunnet med hensynet til undervisningssituasjonen og bruken av de oppnådde forskningsresultater.

Når det gjelder adgangen til offentliggjøring og publisering av forskningsresultatene blir det presisert at ”adgangen til offentliggjøring/publisering av forskningsresultater [er] relativt snever, da hele tiden den nødvendige tilknytning til forskning i kryptologi må foreligge, også i forhold til mottakerne av offentliggjøringen/publiseringen. Likeledes må den samme tilknytning hele tiden foreligge i undervisningssammenheng, og det er denne vurdering som vil være den avgjørende for om en omfattes av unntaket eller ikke.”

Det må altså foretas på en konkret vurdering om offentliggjøring og publisering av forskningsresultatene faller inn under unntaket.

8 Sanksjonering av opphavsrettskrenkelser og straff

Opphavsrettsdirektivets artikkel 8 i sammenheng med artikkel 6 (1) og 6 (2) forutsetter at det ved implementeringen av direktivet skal foreskrives sanksjoner og kompensasjonsregler. Det blir ikke spesifisert hvilke sanksjoner og kompensasjonsregler som skal iverksettes, men det fastslås at de må være passende i forhold til krenkelsen.

Det følger av åvl. §54 b) at bestemmelsene som er gitt i åndsverkslovens kapittel 6a er strafferegler, og den øvre strafferammen er bøter og fengsel i inntil tre måneder, for både forsettlig og uaktsom overtredelse. Medvirkning blir også straffet, jfr. åvl. §54 tredje ledd.

⁸⁸ Ibid.

Videre er det også flere bestemmelser i straffeloven som omfatter handlinger knyttet til tekniske beskyttelsessystemer. Dette temaet vil bli nærmere undersøkt senere i relasjon til publisering av forskningsresultater.

8.1 Oppsummering

Ser man de norske bestemmelsene som gjennomfører opphavsrettsdirektivet ser man at det er nær sammenheng mellom bestemmelsene i de respektive rettskilder. En hovedforskjell mellom den norske implementasjonen og opphavsrettsdirektivet er den norske løsningen som er knyttet til at omgåelseforbudet er avgrenset mot såkalte ”opphavsrettslig relevante handlinger”. Rieber-Mohn viser til at avgrensningen i omgåelsesforbudet er ”klart i strid med opphavsrettsdirektivet”.⁸⁹ I den opprinnelige løsningen som ble foreslått i høringsutkastet til implementasjonen av opphavsrettsdirektivet var som nevnt over bare rene kopisperrer som ble ansett som opphavsrettslig relevante, men den direktivstridige tolkningen har altså blitt avdempet noe ved at kombinerte sperrer også har blitt omfattet.

Avslutningsvis er det viktig presisere at implementasjonen av opphavsrettsdirektivet ikke virker inn på bestemmelser i andre direktiver, dette blir fastslått i opphavsrettsdirektivets fortale punkt 20, dette medfører da at bestemmelsene i åvl. §53a ikke gjelder ovenfor tekniske beskyttelsessystemer til beskyttelse av datamaskinprogrammer. Reglene om disse tekniske beskyttelsessystemene finner vi i åvl. §53c

⁸⁹ Rieber-Mohn (2006), s. 324

9 Tretrinnsstesten

9.1 Oversikt

Som et ledd i den videre diskusjon er det nyttig å gjennomgå unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum i lys av tretrinnsstesten. Tretrinnsstesten består av tre kumulative vikår som setter en ramme for nasjonale myndigheters handlefrihet ved innføring av avgrensings- og unntaksregler.⁹⁰ Vilkårene er:

- 1) være avgrenset til visse spesielle tilfeller ("certain special cases")
- 2) ikke være til hinder for normal verksutnyttelse ("not conflict with a normal exploitation of the work")
- 3) ikke urimelig tilsidesette rettighetshaverens legitime interesse. ("not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author")

Tretrinnsstestens utbredelse på immaterialrettens område er formidabel, og man finner tretrinnsstesten igjen i Bernkonvensjonen artikkel 9(2), WCT artikkel 10, WPPT artikkel 16(2) og TRIPS artikkel 13. Det finnes også en variant av tretrinnsstesten i opphavsrettsdirektivet artikkel 5 (5). I norsk sammenheng har tretrinnsstesten aldri blitt lovfestet med bakgrunn i at det ikke er "tradisjon i norsk rett for å lovfeste alle prinsipper som lovttekster bygger på, og som gjeldende rett skal forstås med utgangspunkt i", det blir videre beskrevet som et "verktøy for lovgiver"⁹¹.

De forskjellige variantene av utgavene favner til dels ulikt, for eksempel så gjelder Bernkonvensjonen artikkel 9(2) og WCT artikkel 10 kun opphavsrettsbeskyttet materiale, mens TRIPS artikkel 13 og opphavsrettsdirektivet artikkel 5(5) også gjelder de nærstående rettigheter.⁹²

Til tross for noen forskjeller i rekkevidde og ordlyd er det nær sammenheng mellom de forskjellige utgavene av tretrinnsstesten. På grunn av det forholdet mellom de

⁹⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 30

⁹¹ Ibid.

⁹² Rieber-Mohn (2010), s. 83

forskjellige internasjonale rettskildene på opphavsrettsområdet er det grunn til å tro at tretrinnsstestens forskjellige utgaver vil kunne virke inn på hverandre til tross for disse variasjonene. Rieber-Mohn forklarer denne påvirkningen med at "[...]i kraft av kildenes argumentative verdi, det vil si som følge av de fremførte argumentenes egenverdi"⁹³. Dette henger sammen med at det i juridisk teori antas at de materielle vilkårene har det samme meningsinnholdet⁹⁴, med bakgrunn i dette vil det i det følgende bli antatt at tretrinnsstesten er den samme i de forskjellige rettskildene.

9.2 Åvl. §53a tredje ledd, første punktum

I det følgende vil unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum bli analysert i forhold til hvert av de tre trinnene i tretrinnsstesten. Først vil vilkårene i tretrinnsstesten bli analysert, og da spesielt i forhold til WTO-panelets tolkning av tretrinnsstesten i rapporten knyttet til "US Copyright Act"⁹⁵ og oppropet om en balansert tolkning av tretrinnsstesten av juli 2008.⁹⁶

9.2.1 Første vilkår:

Etter det første vilkåret skal nasjonale avgrensings- og unntaksregler være forbeholdt visse spesielle tilfeller ("certain special cases"). WTO-panelet legger til grunn, ut i fra en ordlydsfortolkning av dette vilkåret, regelen må være klart definert ("clearly defined")⁹⁷ og at både anvendelsesområdet og rekkevidden må være snever ("narrow in its scope and reach").⁹⁸ Som Rieber-Mohn påpeker⁹⁹ er det i oppropet bare lagt til grunn at rekkevidden skal være rimelig forutsigbar.¹⁰⁰

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid., med videre henvisninger.

⁹⁵ WTO Panel (2000)

⁹⁶ Geiger/Hilty/Griffiths/Suthersanen (2008)

⁹⁷ WTO Panel (2000), s. 33, punkt 6.108

⁹⁸ Op. Cit. s.34, punkt 6.112

9.2.2 Andre vilkår

Etter det andre vilkåret i testen skal avgrensings- og unntaksregelen ikke være til hinder for normal verksutnyttelse ("not conflict with a normal exploitation of the work"). Hva som skal legges i dette krever at man må legge til grunn hva som er normal verksutnyttelse, for deretter å se om avgrensings- og unntaksregelen er til hinder for det som skal legges til grunn som normal verksutnyttelse. WTO-panelet legger til grunn at verksutnyttelse må anses som de aktiviteten som opphavsmannen bruker verket for å oppnå økonomisk utbytte.¹⁰¹ Det påpekes videre at normal utnyttelse ikke kan henvises til full bruk av eneretten, da dette vil gjøre tretrinns testen meningsløs. Den løsning som WTO-panelet synes å legge til grunn er at avgrensings- og unntaksregelen ikke må åpne for bruk av verket som griper inn på opphavsmannens muligheter til å oppnå økonomisk utbytte av verket, både i gjeldene situasjon og i nærliggende markedsområder.¹⁰²

Rieber-Mohn synes å legge til grunn at en egentlig normativ analyse av kriteriet "normal utnyttelse" har de beste grunner for seg,¹⁰³ med andre ord betyr dette at man i vurderingen av hva som er normal verksutnyttelse legger til grunn hva som burde være normal verksutnyttelse. Det kan legges til at det i oppropet tas til orde for at tolkningen av dette trinnet også skal tilgodese tredjeparter, blant annet blir det nevnt tredjeparters interesser knyttet til vitenskaplig utvikling.¹⁰⁴

Forskning på kryptologi er ikke begrenset til rent akademiske situasjoner. Det kan for eksempel lett tenkes situasjoner der forskning på kryptologi brukes for kommersielle formål. I forhold til dette vilkåret er det derfor klart at man må se det tekniske beskyttelsessystemet i sammenheng med det underliggende åndsverk.

⁹⁹ Rieber-Mohn (2010), s. 96

¹⁰⁰ Geiger/Hilty/Griffiths/Suthersanen (2008), s. 4, punkt 3(a)

¹⁰¹ WTO Panel (2000), s. 44, punkt 6.165

¹⁰² Op.cit. s. 47, punkt 6.177 ff.

¹⁰³ Rieber-Mohn (2010), s. 101

¹⁰⁴ Geiger/Hilty/Griffiths/Suthersanen (2008), s. 5, punkt 6

9.2.3 Tredje vilkår

Det tredje vilkåret i testen er at unntaks- og avgrensingsregelen ikke skal urimelig tilsidesette rettighetshaverens legitime interesse. ("not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author"). Etter dette vilkåret er det i utgangspunktet et spørsmål om hva som er en urimelig tilsidesettelse. I WTO-panelet ble det påpekt at det etter kriteriet må antas at en viss grad av tilsidesettelse av legitime interesser må antas å være rimelige.¹⁰⁵ Hvor grensen mellom rimelig tilsidesettelse og urimelig tilsidesettelse går må vurderes konkret i hvert tilfelle, og av WTO-panelet blir det påpekt at dette peker i retning av en proporsjonalitetsvurdering.¹⁰⁶

9.3 Konkret vurdering av unntaket for forskning på kryptologi

9.3.1 Grunnlag for vurderingen

Unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum har flere sider, for det første er det omgåelsen av det tekniske beskyttelsessystemet, for det andre er det tilvirkningen av omgåelsesverktøy og for det tredje er det spørsmålet om publisering.

Det er ikke nødvendigvis helt klart hvilke inngrep unntaket kan ha ovenfor opphavsmannens enerett. I det følgende vil det bli presentert noen problemstillinger som kan dukke opp.

Når det gjelder de to første sidene av åvl. §53a tredje ledd, første punktum vil omgåelsen kunne føre til at det åndsverk som det tekniske beskyttelsessystemet beskytter stilles til rådighet for forskere som benytter seg av unntaket. Når det gjelder

¹⁰⁵ WTO Panel (2000), s. 59, punkt 6.229

¹⁰⁶ WTO Panel (2000), s. 58, punkt 6.225; Rieber-Mohn (2010), s. 103

omgåelsesverktøyene vil disse også kunne bli brukt til å gripe inn på opphavsmannens rådighet over verket.

Til slutt er det spørsmålet om offentliggjøring og publisering av forskningsresultatene som blir oppnådd. Som nevnt over er det i forarbeidene spesielt nevnt at denne adgangen bør være snever. En begrunnelse til at adgangen skal være snever er at den kan komme til å kompromitere det tekniske beskyttelsessystemet.

Det er altså klart av det ovenfornevnte at forskning på kryptologi kan gripe inn på opphavsmannens til det åndsverket som det tekniske beskyttelsessystemet beskytter.

De handlinger som anses tillatt er i utgangspunktet de handlinger som er forbudt etter åvl. §53a første ledd og annet ledd. Handlingene etter åvl. §53a første har ovenfor blitt beskrevet som handlinger som etter sin natur fører til at et effektivt teknisk beskyttelsessystem ikke lengre opererer effektivt. Videre har det også blitt gjort rede for de forskjellige handlinger som ikke er tillatt i relasjon til omgåelsesverktøy, etter bestemmelsen i §53a annet ledd.

9.4 Resultat av tretrinnsstesten

Etter tretrinnsstestens første vilkår må unntaket være begrenset til visse spesielle tilfeller ("certain special cases"). I forbindelse med forskning på kryptologi er det klart at regelen utad står fram som klart definert, unntaket gjelder utelukkende omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer med det formål å forske på kryptologi. Når det gjelder anvendelsesområdet av regelen er det i forhold til forskning på kryptologi grunnlag for å legge til grunn at både anvendelsesområdet og rekkevidden i utgangspunktet er snever da det bare er forskning innenfor feltet kryptologi som kan nyte godt av unntaket. Både innenfor WTO-panelets kriterier og forutsigbarhetskriteriet slik som det framgår av oppropet kan unntaket bli satt på spissen. Spesielt hvor forutsigbart det er i forbindelse med vurderingen av om offentliggjøring og publikasjon av forskningsresultatene skal tillates.

Etter tretrinnsstestens andre vilkår må unntaket ikke være til hinder for normal verksutnyttelse ("not conflict with a normal exploitation of the work"). Det legges til grunn at det dreier seg om en normativ analyse av hva som er normal verksutnyttelse. I forbindelse med dette kriteriet er det naturlig å understreke at unntaket ikke krever tilknytning til forskningsinstitusjon, allikevel må det legges til grunn at det er tvilsomt at unntaket vil føre til større inngrep i det som er normal utnyttelse, spesielt siden det hele tiden må foreligge nødvendig tilknytning til forskning. Som i det første vilkåret er det i utgangspunktet bare for vid adgang til å offentliggjøre og publisere forskningsresultatene som kan føre til en klar konflikt med det som må antas å være normal verksutnyttelse.

Etter tretrinnsstestens tredje, og siste, vilkår må unntaket ikke urimelig tilsidesette rettighetshaverens legitime interesse. ("not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author"). Det er vanskelig å se at rettighetshaver kan få sine rettigheter klart urimelig tilsidesatt etter unntaket. Som i de to andre vilkårene er det også klart at det må tas høyde for en relativt snever adgang til å offentliggjøre og publisere forskningsresultatene.

Unntaket etter åvl. §53a tredje ledd, første punktum synes å være innenfor vilkårene av tretrinnsstesten, med forbehold om at det trekkes opp klare begrensninger i forhold til hva som kan offentliggjøres og publiseres. Blant annet vil det være spesielt problematisk om detaljer, knyttet til det tekniske beskyttelsessystemet, blir kjent som kompromiterer det permanent. For eksempel at nøkkelen (eller nøklene) som ligger til grunn for det tekniske beskyttelsessystemet blir kjent.

10 Tekniske beskyttelsessystemer som er datamaskinprogrammer

10.1 Bakgrunn

Bestemmelsene i åvl. kapittel 6a er bestemmelser som gir vern overfor selve det tekniske beskyttelsessystemet, mer spesifikt dets funksjon som teknisk beskyttelsessystem. Som Rognstad påpeker gir bestemmelsene ”ikke *direkte* vern for opphavsrettsbeskyttet materiale.”

Som nevnt ovenfor i vurderingen av unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum, i forhold til tretrinnsstesten, kan det tenkes at selve det tekniske beskyttelsessystemet er et datamaskinprogram som nyter beskyttelse etter åvl. §1 nr. 12. I det følgende vil dette bli behandlet.

Det presiseres at det fortsatt er snakk om tekniske beskyttelsessystemer knyttet til åvl. §53a.

10.2 Innledning

Når et teknisk beskyttelsessystem er et datamaskinprogram må det for det første antas at det kan ha opphavsrettslig beskyttelse etter åvl. §1 nr. 12, dersom det oppfyller kravene til opphavsrettsbeskyttelse. Dette henger sammen med implementeringen av edb-direktivet og da spesiet bestemmelsen i edb-direktivet artikkel 1 (2). ”Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive.” Med bakgrunn i dette er det derfor klart at selv om et datamaskinprogram er et teknisk beskyttelsessystem i relasjon til §53a kan det også beskyttelse som opphavsrettslig verk.

I bestemmelsene etter åvl. §§39h og 39i finnes det regler knyttet til tillatt bruk av datamaskinprogrammet, dette må sees i sammenheng med at det i opphavsdirektivets fortale punkt 50 presiseres at dets artikkel 6 ikke bør komme i konflikt med edb-direktivets bestemmelser, etter artikkel 5 og 6, knyttet til retten til å iakta, undersøke eller teste datamaskinprogrammet, og retten til dekompilering;jfr også opphavsrettsdirektivets fortale punkt 20. Det blir videre uttalt i opphavsrettsdirektivet artikkel 1 punkt 2(a) uttrykkelig uttalt at "[...]this Directive shall leave intact and shall in no way affect existing Community provisions relating to: (a) the legal protection of computer programs."

Med andre ord fremgår det av opphavsdirektivet at det ikke er meningen å føre til noen realitetsforandringer knyttet til beskyttelsen etter blant annet edb-direktivet, med mindre de blir forandret i opphavsrettsdirektivet.

Som følge av et teknisk beskyttelsessystem i relasjon til åvl. §53a kan ha beskyttelse etter §1 nr. 12 oppstår det derfor en del harmoniseringsspørsmål ved vurderingen av unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum.

Etter åvl. §53a tredje ledd, første punktum gis en rett til å kunne omgå et teknisk beskyttelsessystem, og produsere omgåelsesverktøy, med det formål å drive forskning innen kryptologi. Spørsmålet blir da om de handlinger som blir opplistet etter åvl. §53a første og annet ledd (som er tillatt etter åvl. §53a tredje ledd) sett gir en rett til å foreta handlinger som etter åvl. §§39h og 39i ikke er tillatt; eller om åvl. §§39h og 39i begrenser retten etter §53a tredje ledd, første punktum.

Diskusjonen vil bli lagt opp som følger, først vil bestemmelsene etter åvl. §§39h og 39i bli gjennomgått isolert sett. Deretter vil harmoniseringsproblemene søkes løst i lys av det som er nevnt over knyttet til unntaksbestemmelsen i åvl. §53a tredje ledd, første punktum.

10.3 Åndsverkloven §§39h og 39i

Reglene i §§39h og 39i er et resultat av gjennomføringen av edb-direktivet og i teorien blir de ansett som avgrensninger til eneretten,¹⁰⁷ dette er på bakgrunn av beskrivelsen i direktivets artikkel 5 som taler om ”exceptions”.

Rognstad viser til at poenget med åvl. §39h er ”å angi et minimum av handlinger som rettmessige brukere av programmet [...] kan foreta seg [...]”¹⁰⁸ I den foreliggende kontekst er det §39h tredje ledd som vil bli behandlet, og bestemmelsen lyder:

” Den som har rett til å bruke et eksemplar av et datamaskinprogram kan, i forbindelse med slik lesning, fremvisning på skjerm, kjøring, overføring eller lagring av programmet som brukeren er berettiget til å utføre, iaktta, undersøke eller prøve ut hvordan programmet virker for å fastslå idéene og prinsippene som ligger til grunn for de enkelte deler av programmet.”

Implikasjonen av dette er at om man har et lovlig anskaffet eksemplar av et datamaskinprogram kan man altså i forbindelse med rettmessig bruk utføre de handlinger som listes opp til ”å fastslå idéene og prinsippene som ligger til grunn for de enkelte deler av programmet”. Denne regelen gir altså rett til såkalt ”omvendt analyse”.¹⁰⁹ Regelen gjennomfører edb-direktivet artikkel 5(3) og den er et resultat av et kompromiss mellom tilhengere og motstandere av såkalt ”omvendt utvikling” (dekompilering).¹¹⁰

Det framgår av åvl. §39h femte ledd at bestemmelsen er preseptorisk.

Regelen framstår tilsynelatende som unødvendig siden det følger av alminnelige opphavsrettslige prinsipper at ideer og prinsipper ikke har opphavsrettslig vern, dette følger også av edb-direktivet artikkel 1 punkt 2. Rognstad påpeker at at poenget er ”å

¹⁰⁷ Rognstad (2009), s. 355

¹⁰⁸ Op. cit. , s. 356

¹⁰⁹ Op. cit. , s. 357

¹¹⁰ Vinje (1992), s. 79

angi et minimum av handlinger som rettmessig bruker av programmet [...] kan foreta seg, særlig for det tilfellet at dette ikke er angitt i lisensen”¹¹¹

Eksempelvis vil denne regelen åpne for blant annet å kunne bruke omvendt analyse for å kunne reprodusere feil ved et datamaskinprogram og åpner det også for såkalt ”Black box”-testing.¹¹²

Reglene i åvl. §39i er i utgangspunktet et resultat av konkurransemessige hensyn.¹¹³ Åvl. §39i første ledd, åpner for en rett til å drive på med såkalt dekompilering eller omvendt utvikling av datamaskinprogrammer. Med dekompilering i lovens forstand menes det at ” [d]et er tillatt å fremstille eksemplarer av et datamaskinprogrammes kode og oversette kodens form”

Retten til dekompilering er begrenset etter åvl. §39i til dekompilering for å sikre interoperabilitet mellom deler i et datasystem (for eksempel mellom datamaskinprogrammer). Informasjonen som man innhenter i denne sammenheng vil man etter §39i annet ledd ikke kunne bruke til andre formål enn å oppnå interoperabilitet, jfr. åvl. §39i første ledd . Man kan altså blant annet ikke bruke informasjonen til forskningsformål.¹¹⁴

10.4 Harmonisering av åvl. §53a tredje ledd, første punktum mot åvl. §§39h og 39i

Med bakgrunn i framstillingen over er det tilsynelatende adgangen til omvendt analyse, åvl. §39i, som fremstår som den øvre grensen for hva som er tillatt i forhold til unntaket etter §53a tredje ledd, første punktum, når det gjelder tekniske beskyttelsessystemer som er datamaskinprogrammer.

¹¹¹ Rognstad (2009), s. 356

¹¹² Vinje (1992), s.79 ff.; Dale/Lewis (2004), s. 225: ”Black-box”-testing er en analysemetode som er basert på test ved hjelp av ”input data” og ikke programkoden.

¹¹³ Rognstad (2009), s. 358

¹¹⁴ Vinje, 1992, s.86.

I innledningen ble det vist til at opphavsdirektivet ikke skulle forandre rettstilstanden knyttet til edb-direktivet. Etter åvl. §53a tredje ledd, første punktum er i utgangspunktet all omgåelse av effektive teknisk beskyttelsessystem tillatt så sant det gjøres som ledd i forskning innen kryptologi, med omgåelse henvises det til enhver handling som fører til at et effektivt teknisk beskyttelsessystem ikke lengre virker som et effektivt teknisk beskyttelsessystem. I ”DVD-Jon saken”¹¹⁵ ble det blant annet brukt omvendt utvikling for å finne krypteringsalgoritmen til Content Scramble System og dermed gjøre det ineffektivt.

Det foreligger altså tilsynelatende motstrid som er mellom åvl. §53a tredje ledd, første punktum og åvl. §39i. Ettersom fortalen i opphavsrettsdirektivet uttrykkelig fastslår at det ikke er meningen at rettstilstanden skal forandres i relasjon til edb-direktivet er det naturlig at åvl. §53a tredje ledd, første punktum tolkes innskrenkende. Dermed vil resultatet bli at man ikke kan dekompile datamaskinprogrammer ved forskning innen kryptologi etter §53a tredje ledd, første punktum.

Det presiseres at om et teknisk beskyttelsessystem består av flere forskjellige komponenter, der noen er datamaskinprogrammer, og andre er av annen type, f.eks. datafiler, så gjelder dette utelukkende de komponenter som er datamaskinprogrammer.

11 Forskning på kryptologi i forhold til straffelovgivningen

11.1 Opplegg for drøftelsene under dette punkt

Ved implementeringen av opphavsrettsdirektivet ble det også gjort forandringer i straffelovgivningen. I det følgende skal både straffebestemmelser i straffeloven og de

¹¹⁵ Referert over i XXXXXX

relevante straffebestemmelser i åndsverkloven gjennomgås. Bestemmelsen om forskning på kryptologi har blitt beskrevet over, i det følgende vil det bli redegjort for konsekvensene av to forskjellige situasjoner som kan bli aktuelle. For det første situasjoner der det ikke foreligger den nødvendige tilknytning til forskning innen kryptologi i forskningssituasjonen, og for det andre situasjoner der det foreligger den nødvendige tilknytning til forskning innen kryptologi i selve forskningssituasjonen, men der innholdet i de offentliggjorte/publiserte resultater går lengre enn det som etter åvl. §53a tredje ledd, første punktum tillatter.

11.2 Oversikt over relevante straffebestemmelser

Bakgrunnen for innføringen av straffebestemmelser knyttet til opphavsrettskrenkelser og nærstående rettigheter finner vi dels i forbindelse med implementasjonen av opphavsrettsdirektivet og dels i forbindelse med arbeidet knyttet til Cybercrime-konvensjonen.¹¹⁶ Cybercrime-konvensjonen er en minimumskonvensjon som stiller minimumskrav til de ratifiserende landenes straffelovgivning; da spesielt på områder knyttet til datakriminalitet og opphavsretten. Norge ratifiserte denne konvensjonen 30. juni 2006 og den trådte i kraft fra 1. september 2006.

Det følger av dette at det er flere straffebestemmelser som er relevante innenfor rekkevidden av denne diskusjonen. Bestemmelsene finnes i straffeloven (strl.) og åndsverkloven (åvl.). De vil bli presentert i det følgende.

Etter strl. §145 annet ledd er det forbudt å ”[...]uberrettiget skaffe[r] seg adgang til data eller programutrustning som er lagret eller som overføres ved elektroniske eller andre tekniske hjelpemidler.” Denne straffebestemmelsen favner videre enn de som finnes i åndsverkloven i relasjon til tekniske beskyttelsessystemer, dermed omfatter den også brudd på tekniske beskyttelsessystemer. Etter strl. §145 fjerde ledd er også medvirkning

¹¹⁶ Sunde (2005), s. 161; Convention on Cybercrime, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/185.htm>, [sjekket 26.04.2011]

omfattet. I relasjon til problemstillingene knyttet til publikasjon av forskningsresultater i tilknytning til forskning innen kryptologi er det spesielt kravet til at handlingen har vært uberettiget som er interessant. I Ot.prp. nr. 46 blir det kommentert at forståelsen av begrepet uberettiget : ”i prinsippet beror på lovgivning og avtaler hvilke data en person har rett til å gjøre seg kjent med.”¹¹⁷

Strl. §145b lyder:

” Den som uberettiget gjør tilgjengelig for andre passord eller andre data som kan gi tilgang til et datasystem, straffes for spredning av tilgangsdata med bøter eller fengsel inntil 6 måneder eller begge deler.

Grov spredning av tilgangsdata straffes med fengsel inntil 2 år. Ved avgjørelsen av om spredningen er grov, skal det særlig legges vekt på om dataene kan gi tilgang til sensitive opplysninger, om spredningen er omfattende og om handlingen for øvrig skaper fare for betydelig skade.

Medvirkning straffes på samme måte.”

Denne straffebestemmelsen ble inntatt i straffeloven i 2005, den gjenspeiler Cybercrime-konvensjonens artikkel 6 punkt 1 a) (ii), og tjener til å oppfylle minimumsforpliktelsene etter denne konvensjonen. Det fremgår av forarbeidene¹¹⁸ at departementet også ønsket å kriminalisere ”framstilling, anskaffelse, besittelse eller tilgjengeliggjøring av dataprogrammer eller andre innretninger som er særlig egnet til å begå straffbare handlinger.”¹¹⁹ Denne delen av innstillingen ble ikke videreført. Også her er det et krav om at handlingen må være uberettiget, slik som i strl. §145.

Strl. §262 første ledd lyder:

” Den som

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 46, s. 112

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 40 (2004-2005)

¹¹⁹ Op. cit. , s. 37

- a) i vinnings hensikt framstiller, innfører, distribuerer, selger, leier ut, besitter, installerer, vedlikeholder eller skifter ut dekodingsinnretning,
- b) i vinnings hensikt annonserer eller på annen måte reklamerer for dekodingsinnretning, eller
- c) søker å utbre dekodingsinnretning

når hensikten er å skaffe noen uautorisert tilgang til en vernet tjeneste, eller medvirker til dette, straffes med bøter 2 eller fengsel 3 inntil 1 år. 4”

Strl. §262 fjerde ledd lyder:

” Med dekodingsinnretning menes i denne paragraf ethvert hjelpemiddel, enten dette er teknisk utstyr eller programvare, som er utformet eller tilpasset, alene eller sammen med andre hjelpemidler, for å gi tilgang i forståelig form til en vernet tjeneste.

Med vernet tjeneste menes i denne paragraf

- a) fjernsyns- og radiosignaler, og
- b) tjenester som teleformidles elektronisk på forespørsel fra den enkelte tjenestemottaker,

når tilgang i forståelig form er avhengig av tillatelse fra tjenesteyter og ytes mot betaling, eller selve tilgangskontrollen til tjenestene nevnt i a og b, når den må regnes som en egen tjeneste.”

Strl. §262 slik som den framstår i dag er et resultat av gjennomføringen av tilgangskontrolldirektivet, 98/84/EF. Meningen er å gi vern til det som i strl. §262 fjerde ledd omtales som ”vernede tjenester”; etter litra a og b gjelder det tilgangskontrollerte fjernsyns- og radiosignaler og ”informasjonssamfunnstjenester”¹²⁰ som ytes mot betaling; i tillegg verner den om tilgangskontrollen i seg selv når den må regnes som en egen tjeneste. Ser man bestemmelsen i sammenheng med den nåværende åvl. §2 ser man at dette i stor grad samsvarer med såkalte ”on-demand-tjenester”.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 51 (2000-2001), s.19; det blir her nevnt at ” [o]mgrepet « teleformidles elektronisk » i bokstav b er tatt frå definisjonen av informasjonssamfunnstjenester i artikkel 1 nr. 2 i direktiv 98/34/EF, slik dette lyder etter endringa ved direktiv 98/48/EF[...].”

Sunde reiser spørsmålet om det er noe behov for denne paragrafen etter ”presiseringer av enerettene i åvl. §2 tredje, jf. fjerde ledd”.¹²¹ Sunde viser også til at åvl. §53a annet ledd og §262 har relativt overlappende gjerningsbeskrivelser.¹²²

I forarbeidene til implementeringen av opphavsrettsdirektivet blir dette spørsmålet også tatt opp og her blir det bemerket at ”[s]elv om [strl. §§145 og 262] dels favner videre enn det opphavsrettsdirektivet krever, er det klart de ikke på alle punkter oppfyller direktivets krav til beskyttelse av tekniske beskyttelsessystemer. Dette gjelder både med hensyn til enkeltelementene i gjerningsbeskrivelsen og fordi straffeloven stiller krav om forsett.”¹²³ Det begrunnes ikke videre hvorfor denne bestemmelsen ikke ble tatt ut, men det blir bemerket at strafferammen er høyere etter denne bestemmelsen i forhold til åvl. §54.¹²⁴

Definisjonen av dekodingsinnretning i strl. §262 fjerde ledd er i følge forarbeidene forutsatt at ”[d]et er meninga at definisjonen skal fange opp eitkvart hjelpemiddel som har den eigenskapen at det - åleine eller saman med andre hjelpemiddel - kan gi tilgang i forståeleg form til ei verna teneste. Dette vil typisk vere elektronisk utstyr (hardware) og programvare (software).” I følge denne definisjonen vil også instruksjoner kunne falle inn under denne beskrivelsen. Om en forsker offentliggjør eller publiserer slike instruksjoner som ledd i forskning på kryptologi kan det tenkes at det kan rammes av strl. §262 første ledd. Offentliggjøring eller publikasjon kan klart falle inn under §262 første ledd, c). Uansett kan også medvirkning til handlinger som inngår i gjerningsbeskrivelsen i §262 første ledd straffes.

Hjemmel for straff ved brudd på forbudene etter åvl. §53a, finnes i §54 første ledd, b). Om man foretar handlinger som ikke faller inn unntakene i §53a tredje ledd, så vil man kunne bli straffet, også for medvirkning, jfr. §54 tredje ledd.

¹²¹ Sunde (2005), s. 166

¹²² Ibid.

¹²³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 113

¹²⁴ Op. cit., s. 128

11.3 Særlig om skyldkrav og medvirkning

Strl. §§145, 145b og 262 innholder ingen hjemmel for å straffe den uaktsomme handling, og det forutsettes da at skyldkravet i forhold til disse straffebestemmelsene er forsett, jfr. strl. §40 første ledd. I motsetning til disse straffebestemmelsene er skyldkravet etter åvl. §54 forsett eller uaktsomhet.

Hva som skal legges i de forskjellige skyldformene følger av alminnelige strafferettslige prinsipper, dette gjelder også det alminnelige unntak for rettsvillfarelse.

I relasjon til åndsverkloven ble det alminnelige ansvar for medvirkning inntatt ved lov av 23. desember 1988 nr. 101. I forarbeidene blir det sagt lite om begrunnelsen, og det av Opphavsrettsutvalgets delinstilling fra 1983 at ”medvirkning til de krenkelser som omfattes av åndsverklovens §54 [bør] være straffbar”.¹²⁵ Videre er det etter åvl. §55 også adgang til å kreve erstatning fra medvirker, da det blir henvist til ”overtredelse som nevnt i §54”.¹²⁶

Som nevnt over er strl. §145b resultatet av gjennomføringen av Cybercrime-konvensjonen, det blir i Cybercrime-konvensjonen artikkel 11 punkt 1 uttrykkelig forutsatt at medvirkning skal kriminaliseres i relasjon til artiklene 2-10.

11.4 Særlig om lovvalg

Som det framgår av den ovenfornevnte framstillingen rammer de forskjellige straffebestemmelsene dels samme typer handlinger og dels ulike typer handlinger. Dette fører til visse harmoniseringsproblemer.

¹²⁵ Rognstad (2009), s. 407, med videre henvisning

¹²⁶ Ibid.

Rognstad forutsetter at ”[e]tter innføringen av åvl. kapittel 6a. er det [...] grunn til å tro at det i første rekke er reglene her som vil bli anvendt når det er tale om systemer for privat håndheving av opphavsrettsbeskyttet materiale”.¹²⁷

Generelt vil harmoniseringsspørsmålet måtte bli avgjort etter generelle harmoniseringsprinsipper.¹²⁸ Dette innebærer ikke at bestemmelsene ikke kan brukes ved siden av hverandre, da det som sagt ikke er fullstendig overlapping, og konkurransespørsmålene som oppstår må løses etter en konkret vurdering av forholdet mellom de ulovlige handlinger og handlingsbeskrivelsene i straffebestemmelsene.

11.5 Manglende tilknytning til forskning i kryptologi

Det første typetilfelle der det blir aktuelt med straff er der det ikke foreligger den nødvendige tilknytning til forskning i kryptologi. I utgangspunktet vil denne situasjonen rammes både av forbudene §§53a første og annet ledd, og i forhold til den informasjon som eventuelt måtte bli offentliggjort rammes de overfornevnte straffebudene, det sistnevnte punkt vil bli behandlet sammen med det andre typetilfellet.

Ut i fra forarbeiden er det som nevnt ingen krav til tilknytning til forskningsinstitusjon for å kunne drive forskning innen kryptologi i relasjon til åvl. §53a tredje ledd, første punktum. Ut i fra dette er det derfor tvilsomt at det vil oppstå slike situasjoner.

Allikevel synes det ut i fra forarbeidene å være antatt at det vil være situasjoner der en person vil kunne være i den tro at han driver forskning innen kryptologi i relasjon til unntaket. Det nevnes blant annet i forarbeidene at ”tilknytning til et lære- eller forskningssted, hvor det bl.a. forskes i kryptologi, ikke automatisk kvalifiserer til å være omfattet av unntaket. På hvilken side av grensene for unntaket man befinner seg må bero på en konkret vurdering”.¹²⁹

¹²⁷ Rognstad (2009), s. 376

¹²⁸ Spesielt Lex Superior, Lex Specialis og Lex Posterior

¹²⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 121

Det avgjørende moment i denne vurderingen må være en konkret vurdering av innholdet i arbeidet.¹³⁰ Hvilke kriterier som skal legges til grunn for denne vurderingen fremgår ikke av lovteksten eller forarbeidene. Etter opphavsdirektivets fortale punkt 48, der hjemmel for unntaket stammer fra blir det understreket at forbudene etter artikkel 6 ikke skal være til hinder for "[...]activities which have a commercially significant purpose or use other than to circumvent the technical protection. In particular this should not hinder research into cryptography."

Dette tyder på at det i vurderingen av arbeidet må legges til grunn at bare den forskning innen kryptologi som har som hovedformål å være forskning innen kryptologi kan tillates. Dette hovedformålet må i relasjon til forbudene etter §§53a første og annet ledd være klart framtrædende i denne sammenheng, hvis ikke vil forskningen rammes av forbudene, og dermed også kunne rammes av strl. §145 da de data som eventuelt blir funnet ikke er berettiget.

11.6 Om offentliggjøring og publisering

I tilknytning til unntaket knyttet forskning på kryptologi ble det i forarbeidene sagt at: " forskningsresultater som oppnås kan offentliggjøres og publiseres uten at en ved dette kommer i strid med forbudet i § 53a."¹³¹ I forarbeidene ble det også tatt til orde for at de må "[...] bero på en konkret vurdering hvorvidt en eventuell publisering av forskningsresultater mv. vil omfattes av unntaket, eller om det f.eks. må sies å være et tilbud om en tjeneste i tilknytning til en innretning, som hovedsakelig er utviklet for å muliggjøre eller forenkle omgåelse av teknisk beskyttelsessystem."¹³²

Ut i fra dette kan det virke som om det i forarbeidene blir lagt opp til en konkret vurdering av selve *innholdet* i forskningsresultatene. Det fremgår da at selve offentliggjøringen eller publikasjonen av forskningsresultatene etter en formålsbetraktning ikke må komme i konflikt med §53a annet ledd.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Op. cit., s. 156

¹³² Ot.prp. nr.46 (2004-2005), s. 121

Det blir i forarbeidene videre presisert:

” Imidlertid er adgangen til offentliggjøring/publisering av forskningsresultater relativt snever, da hele tiden den nødvendige tilknytning til forskning i kryptologi må foreligge, også i forhold til mottakerne av offentliggjøringen/publiseringen.”¹³³

Det tilknytningsvilkår som legges til grunn i forarbeidene ovenfor både forsker (avsender) og mottaker av forskningsresultatene synes tilsynelatende å stenge helt for offentliggjøring/publisering. En språklig fortolkning av begrepene offentliggjøring og publisering tilsier at det etter begge disse begrepene må forstås slik at det dreier seg om tilgjengeliggjøring for allmennheten. Når det gjelder offentliggjøring ellers i opphavsretten er det betinget av tillatelse fra opphavsmannen, jfr. åvl. §8. Det er tvilsomt at det kan innfortolkes et slikt kriterium da det ikke nødvendigvis foreligger noen opphavsmann til det tekniske beskyttelsessystemet.¹³⁴

Om forarbeidene virkelig skal tas på ordet, må forskeren forsikre seg om at alle mottakerne har den nødvendige tilknytning forskning innen kryptologi. Dette framstår som en praktisk umulighet i forbindelse med offentliggjøring og publisering slik den språklige fortolkningen er å forstå. Det synes derfor ut i fra denne uttalelsen i forarbeidene at det legges til grunn at om man driver forskning innen kryptologi så kan man bare dele forskningsresultatene med andre som man vet har den nødvendige tilknytning til forskning innen kryptologi. Dermed blir adgangen til å offentliggjøre og publisere forskningsresultater helt illusorisk i forhold til begrepenes vanlige språklige forståelse.

Hvilken løsning som skal legges til grunn om en person med den tilknytning til forskning innen kryptologi som det etter unntaket kreves allikevel offentliggjør eller publiserer sine forskningsresultater, i betydningen ”å tilgjengeliggjøre for allmennheten” og dermed uten at mottakerne nødvendigvis har den nødvendige tilknytning, synes ikke helt klar i forhold til åvl. §53a, jfr. §54. Den løsning som framstår som mest naturlig er den som det tas til orde for først, nemlig en konkret

¹³³ Ibid

¹³⁴ Se nærmere om denne problemstillingen over i del XXXXXX

vurdering av innholdet i de publiserte forskningsresultatene, for å deretter finne ut om de kommer i konflikt med åvl. §53a annet ledd.

Som Rieber-Mohn presiserer så gir bestemmelsen: ”[...] ikke generelt grunnlag for tilgjengeliggjøring av omgåelsesanvisninger eller lignende til private brukere, selv hvor de tilgjengeliggjorte anvisninger mv. er å anse som forskningsresultater.”¹³⁵ Det må formodentlig være mer naturlig med en løsning i disse baner som i forhold til tilknytningsvilkåret, og ikke en ren språklig forståelse av tilknytningsvilkåret.

Avhengig av innholdet i de offentliggjorte eller publiserte forskningsresultatene kan forskeren også klart kunne rammes av bestemmelsene i strl. §145b, om spredning av tilgangsdata, men ettersom skyldkravet er forsett må dette bero på en konkret urdering. Som nevnt over er det i feltet kryptologi i dag spesielt hemmeligholdelsen av nøklene (tilgangsdata) som sikrer et system.

Videre kan offentliggjøring og publikasjon også rammes som medvirkning etter strl. §262, men det må i så fall som for strl. §145b bero på en konkret vurdering da skyldkravet også her er forsett.

11.7 Oppsummering

Når det gjelder vurderingen av hvilke handlinger som er straffbare går det fram av framstillingen over at det er hovedformålsbetraktninger som er de mest hensiktsmessige for å kunne vurdere både om den nødvendige tilknytning til forskning innen kryptologi er oppfylt, og i forbindelse med offentliggjøring og publikasjon. Det må også antas at bestemmelsene i straffeloven, som er nevnt her, må ha relativt snever virkning ovenfor eventuelle krenkelser av åvl. §53a første og annet ledd som stammer fra brudd på åvl. §53a tredje ledd.

¹³⁵ Rieber-Mohn (2010), s. 238

12 Andre lands regler om forskning innen kryptologi

12.1 Oversikt

Opphavsretten har i dag klare internasjonale aspekter og mange av reglene i den norske åndsverkloven har sin bakgrunn i forpliktelser knyttet til konvensjoner, traktater og EØS-relevante direktiver. Til tross for dette er opphavsretten fortsatt territoriell.¹³⁶ Med bakgrunn i de internasjonale aspektene, og det omfattende rettssamarbeidet internasjonalt, er det klart at det i mange tilfeller vil kunne være relevant å trekke inn kildemateriale fra utlandet og internasjonale regler for å fastslå innholdet i norske regler. Spesielt relevant er det der Norge har påtatt seg forpliktelser, og det legges til grunn at norske domstoler ofte tar i bruk presumsjonsprinsippet når det oppstår uklarheter rundt tolkningen av lover. I det følgende vil det bli redegjort for andre lands lovverk har lagt inn unntak i beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer. Det presiseres at dette ikke betyr at disse reglene vil være relevante i norsk sammenheng.

12.2 Norden

Som nevnt flere ganger over har det på det opphavsrettslige området vært et utstrakt lovsamarbeid mellom de nordiske landene. Dette har gjort at det mange av lovene i de nordiske opphavsretslovene fremstår som ensartede i forhold til ordlyden, men det betyr ikke nødvendigvis at de har samme meningsinnhold, for eksempel vil etterfølgende rettspraksis kunne føre til at meningsinnholdet i lovtekstene endres.

De nordiske landene har alle lagt til rette for unntak i beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer til fordel for forskning innen kryptologi. I svensk¹³⁷ og dansk¹³⁸ rett er det de samme handlinger som tillates som i Norge. Av den danske versjonen av

¹³⁶ Rognstad (2009), s.41, territoriell ”i den forstand at hver stat fastsetter innholdet i og håndhever ”sine” opphavsrettigheter”.

¹³⁷ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 52 c §, <http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=3911&bet=1960:729> [sjekket 26.04.2011]

¹³⁸ LBK nr 202 af 27/02/2010 (Ophavsretsloven) § 75 c. Stk. 6, <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=129901#K6a>, [sjekket 26.04.2011]

Karnov Lovkommentar framgår det at det ved tolkningen av unntaket skal legges til grunn at: ” [d]et er således ikke forbudt at omgå effektive tekniske foranstaltninger som led i forskning inden for kryptering. Det er i den forbindelse tilladt på forskningsinstitutioner at undervise i kryptologi og at offentliggøre og publicere de forskningsresultater, som opnås.”¹³⁹ I motsetning til den norske løsningen kreves det tilknytning til forskningsinstitusjon, men det er altså lov til å publisere de oppnådde forskningsresultater.

I den finske opphavsrettsloven legges det til grunn at det bare er omgåelse av det tekniske beskyttelsessystemet som skal være tillatt da unntaket ikke knyttes opp mot reglene om omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer.¹⁴⁰ 50 a § tredje ledd bare omgåelse

12.3 USA

Den amerikanske opphavsrettsloven, ”Digital Millenium Copyright Act”(DMCA),¹⁴¹ ble vedtatt 28. oktober 1998. Formålet med denne loven var å implementere de to WIPO traktatene, WCT og WPPT. En av de sentrale delene av denne loven er kapittel 12, ”Copyright Protection and Management systems”.

Etter loven skal forskning innen kryptologi være definert som “activities necessary to identify and analyze flaws and vulnerabilities of encryption technologies applied to copyrighted works, if these activities are conducted to advance the state of knowledge

¹³⁹

http://jura.thomsonreuters.dk/app/document?docguid=i81EB22E051244B97E040DF0A17653E7B&startChunk=3&endChunk=3&et=%C2%A7%C2%A075+c&element=LBKG2010202_P75C&sumtid=std-dk-summarization-elementrel&productkey=KARNOVONLINE&family-guid=i815C06812E3E5F22E040DF0A17653439&src=doc&formatCode=sct& [sjekket 26.04.2011]

¹⁴⁰ Upphovsrättslagen (8.7.1961/404) <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1961/19610404> jfr. Lag om ändring av upphovsrättslagen (821/2005) 50 a § <http://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/2005/20050821> [begge sider sjekket 26.04.2011]

¹⁴¹ Digital Millenium Copyright Act. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-105hr2281enr/pdf/BILLS-105hr2281enr.pdf> [sjekket 26.04.2011]

in the field of encryption technology or to assist in the development of encryption products;”

Videre så stilles det flere krav til den som ønsker å drive forskning innen kryptologi. For det første må det ved spredning av forskningsresultatene være en rimelig sjanse for at forskningen kan føre til utvikling innen fagfeltet, for det andre må personen være en involvert i et legitimt studium, ansatt, eller ha den rette trening eller erfaring innen kryptologi. I tillegg må personen gi rettighetshaveren beskjed om funnene sine og passende dokumentasjon.¹⁴²

Det er også tillatt å omgå tilgangskontroller¹⁴³ og det er tillatt å bruke omgåelsesverktøy¹⁴⁴ for å drive forskning innen kryptologi. Det stilles det flere krav til omstendighetene rundt forskningen blant annet må objektet for forskningen være lovlig anskaffet. Det må også ha blitt gjort ”good faith” forsøk på å få tillatelse fra rettighetshaver til å omgå tilgangskontrollen.

Det er videre flere bestemmelser i tilknytning til forskning på kryptologi. Det som i alle fall er tydelig er at det er et mye høyere detaljnivå på lovverket enn i den norske åndsverkloven.

12.4 Oppsummering

Ut i fra det som fremkommer i framstillingen over kan en se at de nordiske landene har lagt seg på litt forskjellige linjer i forhold til de materielle sidene av unntaksregelen, fra beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer. Til tross for dette er reglene relativt like er det vanskelig å kunne si så mye om tolkningen av de, da de også gir knapp veiledning til hvordan unntakene skal tolkes.

¹⁴² DMCA §§1201 (g) (3) (2) (A), (B) og (C)

¹⁴³ DMCA §1201 (g) (2)

¹⁴⁴ DMCA §1201 (g) (4)

Den amerikanske opphavsrettsloven, DMCA, viser en klart annen tilnærming til lovutforming enn den norske åndsverkloven. Det er som nevnt et mye høyere detaljnivå på lovteksten, dette trenger derimot ikke å bety at det ikke vil komme vanskelige tolkningsspørsmål knyttet til lovteksten. Allikevel framstår de nøyaktige avgrensningene knyttet til regelen om forskning innen kryptologi som mye klarere enn tilfellet er i norsk rett.

13 De lege ferenda betraktninger

13.1 Kritikk av åvl. §53a tredje ledd, første punktum

I arbeidet med åvl. §53a tredje ledd, første punktum har det oppstått en hel del vanskeligheter knyttet til rettskildebildet. I det følgende vil det bli gått nærmere inn på noen av de vanskelighetene. Det er også klart ut i fra det som har vært tilgjengelig av stoff om regelen at det ikke finnes rettspraksis i tilknytning til åvl. §53a tredje ledd, første punktum; jeg har heller ikke lyktes i å finne utenlandsk rettspraksis. Til tross for at reglene er relativt nye er det etter det jeg har funnet ut grunn til å tro at bestemmelsen har et snevert nedslagsfelt. Regelen i §53a tredje ledd, første punktum må hele tiden sees i sammenheng med §53a første og annet ledd, da de er uløselig bundet sammen.

13.1.1 Ordlyden og grenseflater

Et av hovedproblemene med §53a er at selve lovteksten er vanskelig tilgjengelig, med det mener jeg at det er veldig mange begrep som krever tolkning. Dette betyr at man må gå til lovens forarbeider og til andre bestemmelser, i andre lover og de som finnes i de internasjonale rettskildefaktorene, for å få et grep om hvilke tolkningsmomenter en skal legge til grunn. Sunde argumenterer blant annet med at disse problemene har oppstått

fordi det i lovarbeidet har blitt lagt for stor vekt på nærhet til direktivteksten i stedet for intern regelharmonisering; noe som har ført til vanskelig tilgjengelig tekst og uklare grenseflater.¹⁴⁵

I forhold til unntaket i §53a tredje ledd, første punktum er det spesielt adgangen til offentliggjøring og publisering som er vanskelig tilgjengelig. Som nevnt i analysen knyttet til straffelovgivningen er det vanskelig å se hvilke kriterier en skal legge til grunn som relevante, blant annet er det ut ifra forarbeidene ikke klart om det egentlig er muligheter for publisering, da det foreligger flere uttalelser som ikke peker i samme retning. Spesielt kravet til tilknytning til forskning innen kryptologi for både forsker og mottaker av offentliggjøringen/publiseringen er vanskelig å se i sammenheng med den andre uttalelsen i forarbeidene om at det ” vil [...] bero på en konkret vurdering hvorvidt en eventuell publisering av forskningsresultater mv. vil omfattes av unntaket, eller om det f.eks. må sies å være et tilbud om en tjeneste i tilknytning til en innretning, som hovedsakelig er utviklet for å muliggjøre eller forenkle omgåelse av teknisk beskyttelsessystem”.¹⁴⁶

Det framgår av analysen knyttet til straffelovgivningen at et krav for forskeren (avsenderen) til å forsikre seg om at mottakerne har den relevante tilknytning til forskning innen kryptologi. Dette vil som nevnt bety at selve offentliggjøringsmuligheten framstår som illusorisk. Resultatet vil i så fall være at forskeren utelukkende kan dele resultatene med fagfeller som har den tilknytning til forskning innen kryptologi som det legges opp til etter loven.

I forhold til det alminnelige strafferettslige legalitetsprinsipp er det klart at man i utgangspunktet bør ta utgangspunkt i lovteksten. I forhold til §53a oppstår det som sagt veldig mange uttrykk som må tolkes, og som ikke nødvendigvis får de samme resultater som en alminnelig språklig fortolkning vil få. For eksempel vil det ikke være unaturlig å forstå ”forskning” som et todelt begrep, for det første selve forskningshandlingen, og i tilknytning til den en fagfelle vurdering (engelsk: peer-review) og eventuell publisering i et akademisk tidsskrift. Ved publisering i et tidsskrift vil det i praksis være umulig for

¹⁴⁵ Sunde (2005), s. 166

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 122

forskeren å forsikre seg om at alle som får tak i publikasjonen har den nødvendige tilknytning til forskning innen kryptologi.

13.1.2 Forslag til kriterier knyttet til offentliggjøring og publisering

Et eksempel på en løsning i forhold til dette vil være å knytte kravet opp mot det som foretas i tretrinnssteden, nemlig at en ikke urimelig skal tilsidesette rettighetshaverens legitime interesser. For eksempel så lyder det engelske unntaket for forskning innen kryptologi slik:

” 296ZA (2) This section does not apply where a person, for the purposes of research into cryptography, does anything which circumvents effective technological measures unless in so doing, or in issuing information derived from that research, he affects prejudicially the rights of the copyright owner.”¹⁴⁷

I den engelske teksten blir det brukt en tilnærmet lik ordlyd som den som følger av tretrinnssteden. Som jeg har påpekt før er det avgjørende for integriteten av de fleste tekniske beskyttelsessystemer som er basert på kryptografiske metoder at nøkkelen ikke blir kjent. Sunde nevner at ved passordbrudd blir vederlagsinteressen krenket mens ved irregulær tilgang (omgåelse av det tekniske beskyttelsessystemet i faktisk forstand) er det systemintegriteten som rammes.¹⁴⁸ Vederlagsinteressen er klart en del av eneretten, jfr. åvl. §2 tredje ledd, a).

En løsning der det tillates å publisere informasjon om det tekniske beskyttelsessystemet som ikke påvirker eneretten vil være en mer naturlig avgrensning enn et vilkår som setter skranker for hvem som kan få tilgang til det offentliggjorte eller publiserte verket.

¹⁴⁷ Copyright, Designs and Patents Act 1988: Part VII: Circumvention of protection measures. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> [sjekket 26.04.2011]

¹⁴⁸ Sunde (2005), s. 171

13.2 Utvidelse av virkefeltet til forskningsunntaket

Rognstad tar til orde for at ”[...]hensynet til å motvirke at vernet av tekniske beskyttelsessystemer hindrer den tekniske utviklingen, tilsi at forskning i andre metoder som ligger til grunn for slike systemer, omfattes av unntaksbestemmelsen.”¹⁴⁹

En slik utvidende tolkning er i utgangspunktet ikke i tråd med ordlyden i åvl. §53a tredje ledd, første punktum. Det støttes heller ikke ut i fra forarbeidene. For å kunne innfortolke en slik mulighet må man da støtte seg til hensynet til den tekniske utvikling. Rognlien viser til at det ”[...] er [...] forskningsfrihet i Norge, d.v.s. at det er tillatt å forske på alt som ikke er uttrykkelig forbudt.”¹⁵⁰ Han hevder videre at ”[...]juridisk sett kan prinsippet om forskningsfrihet fremme den teknologiske utvikling i større grad enn en generell regel om at enhver forskningsvirksomhet måtte ha konsesjon.”¹⁵¹

I forhold til åvl. §53a er det bare forskning på kryptologi som unntar en fra forbudet mot omgåelse og distribuerer, tilvirker mv. omgåelsesverktøy. Man kan derfor i det minste hevde at så lenge man ikke kommer i konflikt med forbudet kan man drive akkurat den type forskning på det tekniske beskyttelsessystemet, for eksempel vil det være naturlig å anta at omvendt analyse vil være tillatt.

Skal man gå lengre kan man ta utgangspunkt i TRIPS-avtalen; artikkel 8 (1) lyder:

” Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.; [...]”

Det er altså klart at i forhold til TRIPS så kan teknisk utvikling være et relevant argument for å utvide retten til forskning på tekniske beskyttelsessystemer. Med

¹⁴⁹ Rognstad (2009), s. 387

¹⁵⁰ Rognlien (1991), s. 44

¹⁵¹ Ibid.

henblikk på den siste delen av artikkel 8 (1) må man anta en slik utvidelse må følge tretrinnsstegen for å kunne være innenfor rekkevidden av artikkel 8 (1).

Ser man en slik tilnærming i lys av at det i opphavsrettsdirektivets fortale punkt 48 må antas at unntaket som det legges opp til knyttet til forskning innen kryptologi egentlig er en presisering av setningen foran. Nemlig at: "Such legal protection [...] should not prohibit those devices or *activities* which have a commercially significant purpose or *use* other than to circumvent the technical protection" [min utheving].

14 Avsluttende bemerkninger til oppgaven

Som nevnt i diskusjonen, de lege ferenda, knyttet til unntaket i åvl. §53a tredje ledd, første punktum, er det flere av rettskildefaktorene som gir ufullstendige svar på hvordan unntaksbestemmelsen skal tolkes. I tillegg er unntaksbestemmelsens ordlyd meget knapp. Som nevnt i forbindelse med den korte oversikten over de amerikanske bestemmelsene er det klart at selv om en ikke skal legge for mye vekt på den amerikanske lovgivningsmetoden så må det være muligheter for å gjøre det klarere hvordan unntaksbestemmelsen skal være å forstå i norsk rett.

15 Litteraturliste

15.1 Sitert litteratur

Arnesen, F., A. Stenvik, Internasjonalisering og juridisk metode, 2009, Oslo

Dale, N., J. Lewis, Computer Science Illuminated, 2004, Sudbury

Rognstad, O.A., Opphavsrett, 2009, Oslo

Geiger, C., R.M. Hilty, J. Griffiths, U. Suthersanen, Declaration – A Balanced Interpretation of the ”Three-Step Test” in Copyright Law, 2008

http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_english.pdf

[sjekket 26.04.2011]

Hauser, T., C. Wentz, DRM Under Attack: Weaknesses in Existing Systems, Lecture Notes in Computer Science, 2003, Volume 2770/2003, s. 206-223

<http://www.springerlink.com/content/nb44tmwwbwa9ymmb/> [sjekket 26.04.2011]

Rieber-Mohn, T., Digital privatkopiering – åndsverkloven §12 i møte med tekniske beskyttelsessystemer, 2010, Oslo

Rieber-Mohn, T., Kravet til opphavsrettslig relevans som ’grunnsten’ i det norske forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, NIR 2006 s. 321-335

Riis, T., Immaterialret & IT, 2001, København

Rognlien, K., Forutberegnelighet og teknologisk utvikling som juridiske argumenter, 1991, Oslo

Ruud, M., G. Ulfstein, Innføring i folkerett, 2006, Oslo

Singh, S., The Code Book, 1999, London

Stenvik, A., Patentrett, 2006, Oslo

Sunde, I.M., Politi, Pirateri og Kodekneking, TfS 2005, s.161-181

Vinje, T.C., The EC Software Directive and the Question of Interoperability, NIR 1992 s.74-91

Westman, D., Tekniska åtgärder. Nordiskt genomförande av artikel 6 i infosoc-direktivet, NIR 2003 s. 559-579

15.2 Norske lover

LOV 1902-05-22 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

LOV 1961-05-12 nr 02: Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (Åndsverkloven)

15.3 Forarbeider

Ot.prp.nr.84 (1991-1992): Om lov om endringer i lov 12 mai 1961 nr 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen

Ot.prp. nr. 51 (2000-2001): Om lov om endring av straffeloven § 262 (rettsleg vern av koda tenester)

Høringsutkast (2. april 2003): om forslag til endringer i åndsverkloven m.m

Ot.prp. nr. 40 (2004-2005): Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven og om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon 8. november 2001 om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi (lovtiltak mot datakriminalitet)

Ot. prp. nr. 46 (2004-2005): Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

St.prp. nr.6 (2004-2005),

<http://www.stortinget.no/Global/pdf/Referater/Stortinget/2004-2005/s050604.pdf>

[sjekket 26.04.2011]

Innst. O. nr. 103 (2004-2005)

15.4 Rettspraksis

Rt. 2000 s.1811 (Finanger I)

RG 2004 s.414 (DVD-Jon)

15.5 Utenlandske lover

Copyright, Designs and Patents Act 1988: Part VII: Circumvention of protection measures. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> [sjekket 26.04.2011]

Digital Millenium Copyright Act. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-105hr2281enr/pdf/BILLS-105hr2281enr.pdf> [sjekket 26.04.2011]

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 52 c §, <http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=3911&bet=1960:729> [sjekket 26.04.2011]

LBK nr 202 af 27/02/2010 (Ophavsretsloven) § 75 c. Stk. 6, <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=129901#K6a>, [sjekket 26.04.2011]

Upphovsrättslagen (8.7.1961/404) <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1961/19610404>
jfr. Lag om ändring av upphovsrättslagen (821/2005) 50 a §
<http://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/2005/20050821> [begge sider sjekket 26.04.2011]

15.6 Internasjonale konvensjoner og traktater

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works,

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf

[sjekket 26.04.2011]

Convention on Cybercrime,

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/185.htm>, [sjekket 26.04.2011]

Det kodifiserte edb-direktivet 2009/24/EC <http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:EN:PDF)

[sjekket 26.04.2011]

Edb-direktivet 91/250/EEC

<http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:EN:HTML),

[sjekket 26.04.2011]

Grønnboken om opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/124152_en.htm [sjekket 26.04.2011]

Opphavsrettsdirektivet 2001/29/EC

<http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML)

[sjekket 26.04.2011]

Romakonvensjonen (International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/rome/pdf/trtdocs_wo024.pdf

[sjekket 26.04.2011]

TRIPS-avtalen

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf [sjekket 26.04.2011]

WIPO Copyright Treaty (WCT)

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf

[sjekket 26.04.2011]

WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf

[sjekket 26.04.2011]

WTO-avtalen

http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92160001.pdf, sjekket

WTO Panel (2000), s. 33, punkt 6.108,

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf [sjekket 26.10.2011]

15.7 Nettsider

<http://www.dvdcca.org/>, [sjekket 24.04.2011]

<http://www.dvdcca.org/processa.aspx> [sjekket 24.04.2011]

http://jura.thomsonreuters.dk/app/document?docguid=i81EB22E051244B97E040DF0A17653E7B&startChunk=3&endChunk=3&et=%C2%A7%C2%A075+c&element=LBK_G2010202_P75C&sumtid=std-dk-summarization-elementrel&productkey=KARNOVONLINE&family-guid=i815C06812E3E5F22E040DF0A17653439&src=doc&formatCode=sct& [sjekket 26.04.2011]

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2009/juni/edb-direktivet.html?id=570413>, [sjekket 24.04.2011]

<http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/Europa/Beslutningsliste-01-04-2011.pdf>, [sjekket 26.04.2011]

<http://www.snl.no/steganografi>, [sjekket 24.04.2011]

<http://www.snl.no/kryptologi>, [sjekket 24.04.2011]

<http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=31376> [sjekket 26.04.2011]

<http://www.stortinget.no/Global/pdf/Referater/Lagtinget/2004-2005/1050608.pdf> [sjekket 26.04.2011]

16 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>